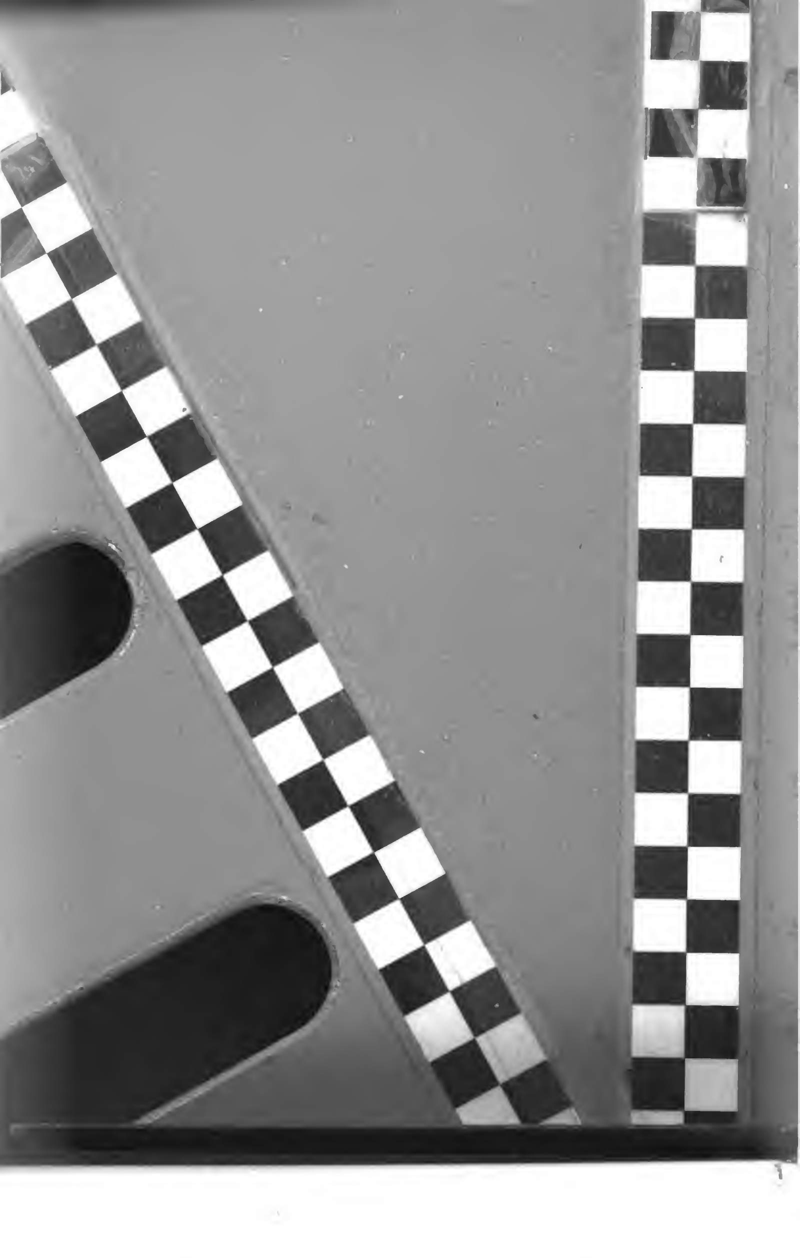



ARTES
VERITAS
LIBRARY
TUEBOR







Das bürgerliche Recht

des

Deutschen Reichs und Preußens

von

Dr. Heinrich Dernburg,
Geheimem Justizrat, Professor an der Universität Berlin,
Mitglied des Herrenhauses.

Ergänzungsband VI.

Hamburgisches Landesprivatrecht

von

Dr. A. Nöldeke,
Landrichter.

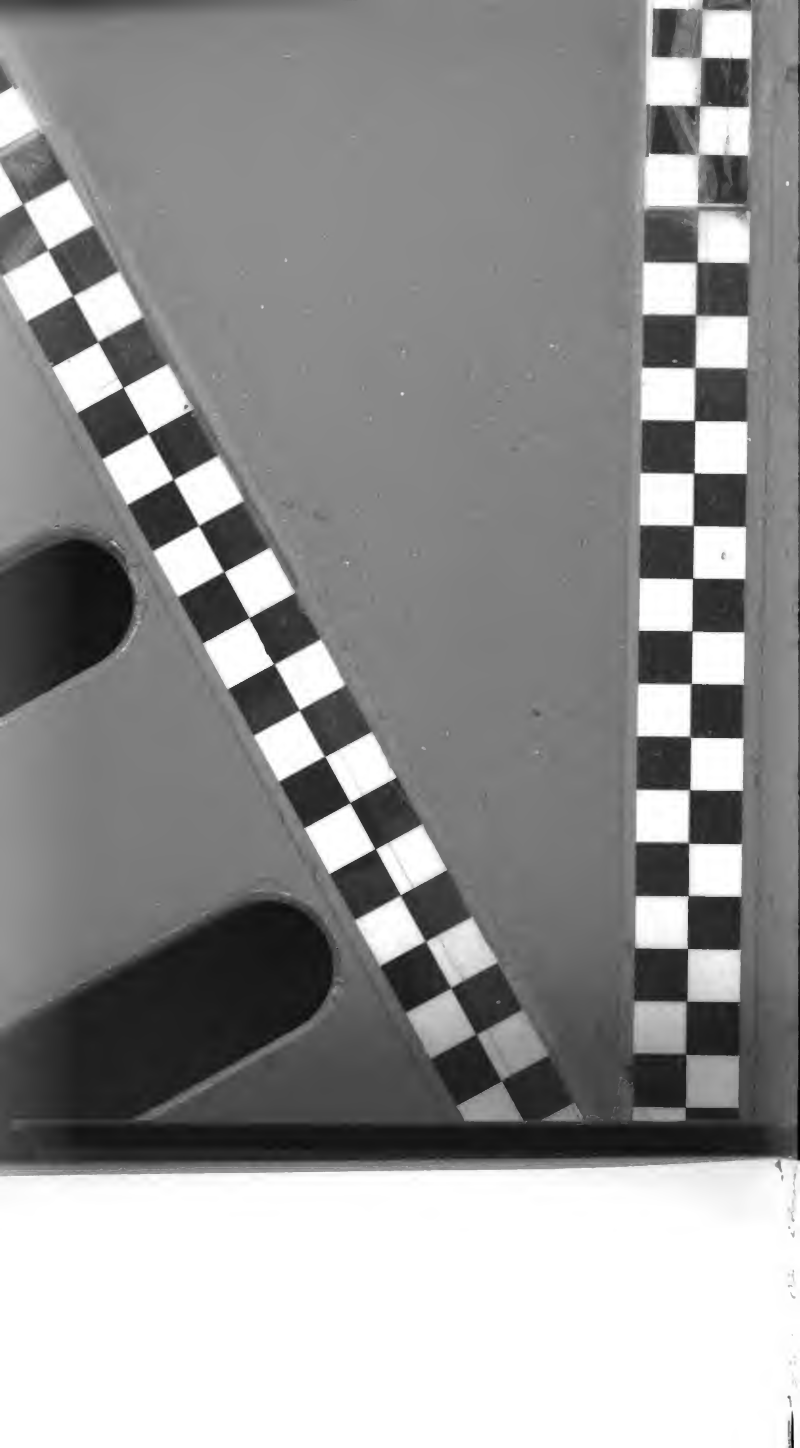
Halle a. S.
Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.
1907.

Hamburgisches Landesprivatrecht

Von

Dr. A. Nöldeke,
Landrichter.

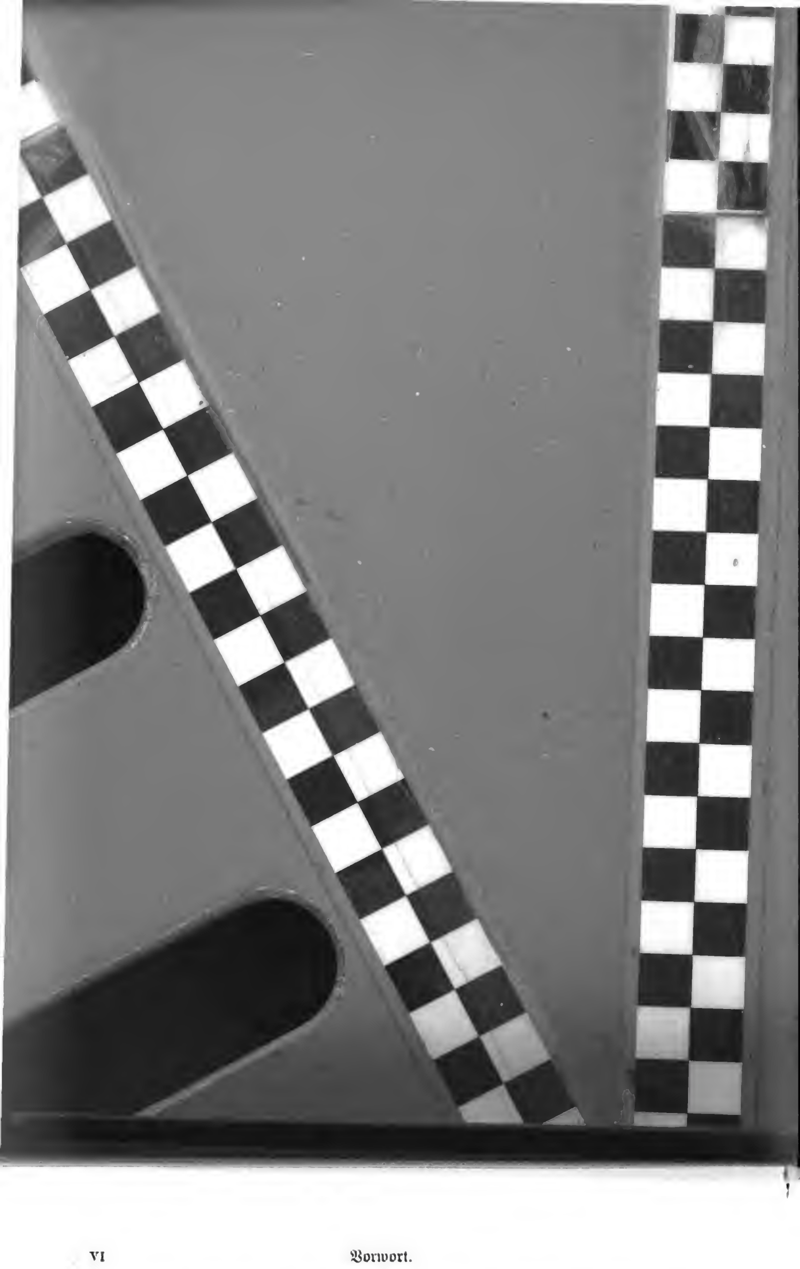
Halle a. S.
Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.
1907.



Vorwort.

Das Unternehmen, im Anschluß an das treffliche Werk des großen Meisters **Dernburg** eine Zusammenstellung des in den deutschen Bundesstaaten geltenden Landesprivatrechts zu geben, hat zu der vorliegenden Bearbeitung des Hamburgischen Landesprivatrechts geführt. Der Zweck des Unternehmens wie auch die einschneidende Rechtsänderung, welche mit dem Inkrafttreten des neuen bürgerlichen Rechts eingetreten ist, haben die Aufgabe des Verfassers wesentlich anders gestaltet, als sie sich für die Bearbeitung der jedem Hamburgischen Juristen so sehr vertrauten Darstellungen des Hamburgischen Privatrechts von **Baumeister** und **Niemeyer** ergab. Trotzdem fußt dieses Werk natürlich zum guten Teil auf jenen Arbeiten und verweist es an vielen Stellen auf dieselben.

Die von dem Verfasser zu lösende Aufgabe war aus mehreren Gründen eine besonders schwierige und muß er deshalb auch um gütige Nachsicht bitten. Einmal ist bei dem Fehlen einer Verwaltungsgerichtsbarkeit in Hamburg und der weitgehenden Kompetenz der ordentlichen Gerichte zur Entscheidung von Streitigkeiten, die dem öffentlichen Recht entspringen, die Trennung zwischen privatem und öffentlichem Recht in Hamburg nicht in derjenigen Schärfe durchzuführen, wie in anderen Rechtsgebieten; dies machte die Behandlung einer Reihe von Fragen notwendig, die unzweifelhaft dem öffentlichen Recht angehören, aber in engster Beziehung zum Privatrecht stehen. Sodann war der Rechtszustand vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches auf vielen Rechtsgebieten sehr bestritten, was auch für das vorbehaltene Landesrecht nachwirkt. Endlich ist es bei der ununterbrochenen Tätigkeit der Hamburgischen Landesgesetzgebung unmöglich, eine Darstellung des Rechtszustandes zu geben, welche in jedem Punkte dem Stande der Gesetzgebung im Moment des Erscheinens des Buches entspricht. Allerdings konnte die neue Zwangserziehungs-, Armen- und Stiftungsgesetzgebung vom 11. September 1907 voll berücksichtigt worden, aber das neue Berggesetz vom 20. September 1907 mußte in den Nachtrag verwiesen werden.



Die Behandlung des Übergangsrechts ist in den Ergänzungsbänden dieser Sammlung eine verschiedene. Zweifellos gehört das Übergangsrecht zum geltenden Landesprivatrecht. Wenn es auch nur vorübergehende Bedeutung hat, so kommt es für einzelne Materien, Ehe-, Hypotheken-, Vereins-, Erbrecht usw. noch auf Jahre und Jahrzehnte in Betracht. Daher erschien es dem Verfasser richtig, insoweit auch das Übergangsrecht in den Kreis seiner Betrachtung zu ziehen. Im übrigen beziehe ich mich hinsichtlich des Umfangs des bearbeiteten Stoffes auf den ersten Paragraphen des Werkes.

Hamburg, 30. September 1907.

Nöldeke.

Inhaltsverzeichnis.

Erstes Buch. Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt. Das objektive Recht.

Zweiter Abschnitt. Die Personen.

Erstes Kapitel. Natürliche Personen.

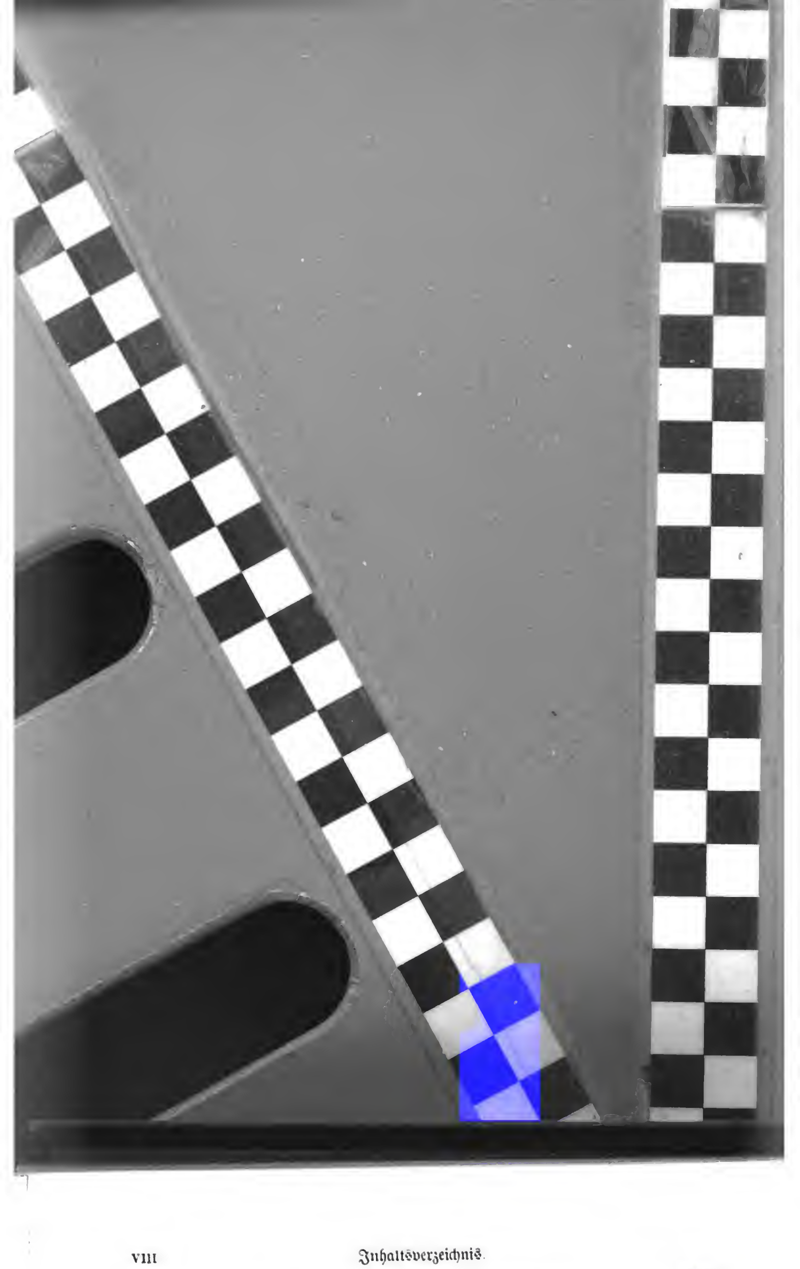
Zweites Kapitel. Juristische Personen.

Erster Titel. Juristische Personen des Privatrechts.

1. Die Vereine.

2. Die Stiftungen.

Zweiter Titel. Juristische Personen des öffentlichen Rechts.



Seite

Dritter Abschnitt. Die Rechtsgeschäfte.

Vierter Abschnitt. Die Zeit im Privatrechte.

Fünfter Abschnitt. Rechtsschutz.

Zweites Buch. Das Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt. Allgemeine Vorschriften.

Zweiter Abschnitt. Besonderer Teil.

Drittes Buch. Das Sachenrecht.

Erster Abschnitt. Dem Verkehr entzogene und öffentliche Sachen.

Zweiter Abschnitt. Das Grundbuchrecht.

Dritter Abschnitt. Das Eigentum.

Erstes Kapitel. Inhalt und Umfang des Eigentums.

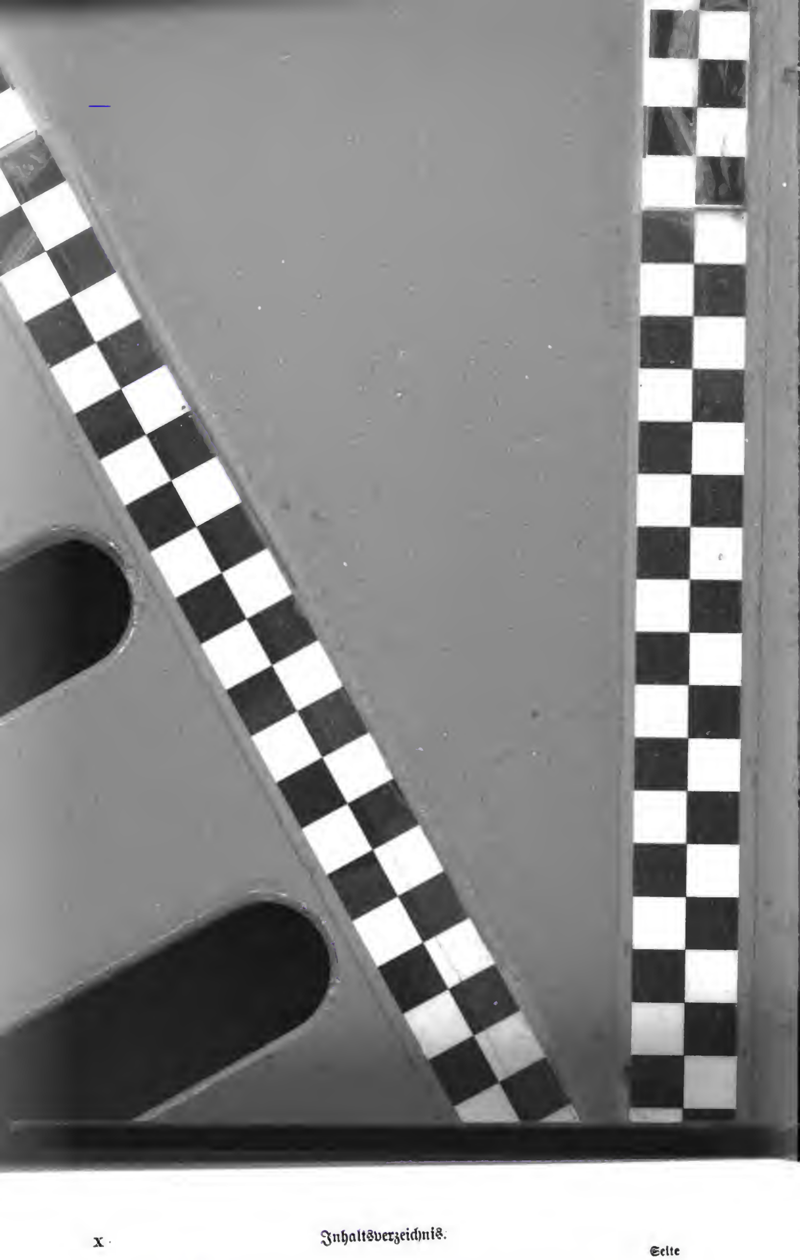
Zweites Kapitel. Erwerb des Eigentums.

Vierter Abschnitt. Das Wege- und Straßenrecht.

Fünfter Abschnitt. Das Wasserrecht.

Sechster Abschnitt. Die Dienstbarkeiten.

Siebenter Abschnitt. Die Reallasten.



Seite

Achter Abschnitt. Das Hypotheken- und Pfandrecht.

Viertes Buch. Das Familienrecht.

Erster Abschnitt. Das Eherecht.

Erstes Kapitel. Die Eheschließung.

Zweites Kapitel. Das eheliche Güterrecht.

Erster Titel. Das alte Recht.

Zweiter Titel. Die Überleitung der alten Ehen.

Dritter Titel. Das neue Recht der alten Ehen.

I. Die am 1. Januar 1900 bestehenden Ehen.

II. Die am 1. Januar 1900 aufgelösten Ehen.



Verzeichnis der Abkürzungen

(abgesehen von den in den Vorschlägen des Deutschen Juristentages enthaltenen).

Amtsger. Samml. oder Zusammenstellung = Entscheidungen in bei den Hamburgischen Amtsgerichten anhängig gewordenen u. . . . . . Sachen (s. S. 38).
Aussch. Ber. d. Bürg. = Ausschußberichte der Hamburger Bürgerschaft.
Baumeister = Baumeister, Privatrecht der Freien und Hansestadt Hamburg.
Beibl. = Beiblatt der Hanseatischen, bis 1879 der Handelsgerichtszeitung.
Bitter = Bitter, Hamburgische Ausführungsgesetze und Verordnungen.
Brandis-Abraham = Hamburger Praxis in Zivilsachen, 2. Aufl., herausg. von Dr. Abraham.
Buchka = von Buchka, Landesprivatrecht des Großh. Mecklenburg.
Dernburg = Dernburg, Bürgerliches Recht.
Dorner-Seng = Dorner-Seng, Badisches Landesprivatrecht.
Ges.-Samml. = Gesetzsammlung der freien und Hansestadt Hamburg.
Gries = Gries, Kommentar zum Hamburgischen Stadtrecht.
Habicht = Habicht, Einwirkung des BGB. usw. (3. Aufl.).
Hauptbl. = Hauptblatt der Hanseatischen, bis 1879 der Handelsgerichtszeitung.
Heise und Cropp = Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen.
Kisch = Kisch, Elsaß Lothringisches Landesprivatrecht.
Lappenberg = Sammlung der Verordnungen der Stadt Hamburg, hrsg. von Dr. Lappenberg.
Melchior (ohne Zus.) = Melchior, Hamb. Ausführungsgesetze.
Melle = von Melle, Das Hamburgische Staatsrecht.
Mittelstein (ohne Zusatz) = Mittelstein, Das Hamburg. Gesetz über Grundeigentum und Hypotheken (2. Aufl.).
Niemeyer = Niemeyer, Hamburger Privatrecht.
Oertmann = Oertmann, Bayrisches Landesprivatrecht.
Planck = Planck, Bürgerliches Gesetzbuch.
R.G. = Reichsgericht oder Entscheidungen des Reichsgerichts.
Seelig = Seelig, Hamburgisches Staatsrecht
Seuff. Arch. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Stat. = Hamburger Statut von 1603.
Sten. Ber. = Stenographische Berichte der Hamburger Bürgerschaft.
Verh. zw. Sen. u. Bürg. = Verhandlungen zwischen Senat und Bürgerschaft.
Wulff = Wulff, Hamburgische Gesetze und Verordnungen, 2. Aufl. (soweit die 1. Aufl. zitiert wird, ist dies besonders bemerkt).

Erstes Buch.

Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt.

Das objektive Recht.

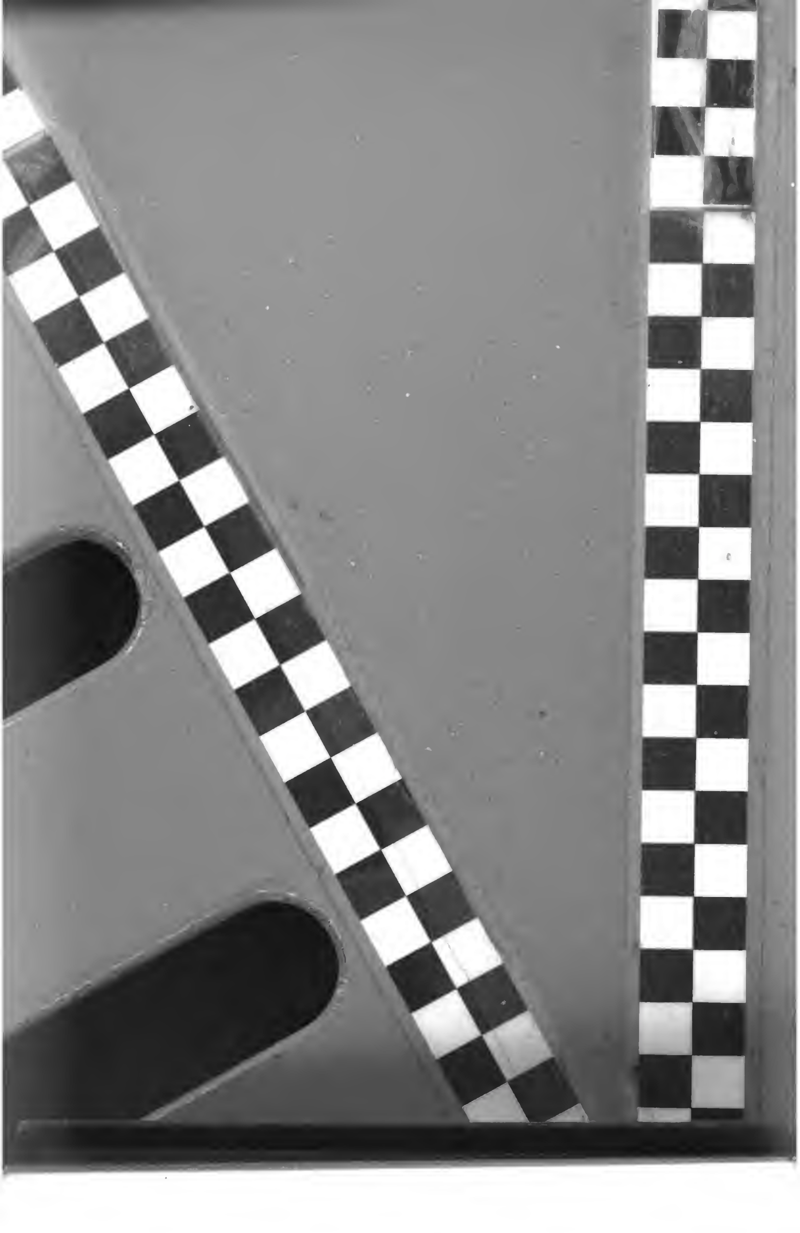
§ 1. Reichsrecht und Landesrecht.

I. Seit dem 1. Januar 1900 steht im Hamburgischen Staatsgebiet, welches nach Art. 1 der Hamburgischen Verfassung die Stadt Hamburg und das mit derselben verbundene Gebiet umfaßt, ebenso wie in den übrigen deutschen Bundesstaaten das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 24. August 1896 in Kraft. Dasselbe hat zum Gegenstande das deutsche bürgerliche Recht. Nach dem Grundsatze der Reichsverfassung (Art. 2), daß Reichsrecht Landrecht bricht, ist damit an Stelle des bisherigen Landesprivatrechts das Reichsprivatrecht getreten.

Den Umfang der Beseitigung des früheren Landesrechts regelt Art. 55 E.G. z. B.G.B. dahin,

daß mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft getreten sind, soweit nicht in dem Bürgerlichen Gesetzbuch oder in dem Einführungsgesetz dazu ein anderes bestimmt ist.

Damit sind grundsätzlich alle landesrechtlichen Normen des Privatrechts beseitigt, mögen sie auf Gesetz, Verordnung, Autonomie, Verfügung einer zuständigen Behörde oder auf Gewohnheitsrecht beruhen, soweit nicht das Reichsrecht ein Anderes bestimmt. Hiervon wird auch das gemeine Recht betroffen, obwohl das ihm zugrunde liegende corpus juris kein Gesetz im engeren Sinne des Wortes bildet, und das Hamburger Stadtrecht, obwohl es nicht für ein Land, sondern für einen Stadtstaat erlassen worden ist.



Das Bürgerliche Gesetzbuch tritt gegenüber dem früheren Landesprivatrecht als Kodifikation des ganzen Privatrechts auf. Es hebt das frühere partikuläre Recht nicht bloß für diejenigen Materien auf, welche Gegenstand des neuen Gesetzbuchs sind, wie z. B. das Reichsstrafgesetzbuch im E.G. § 2 die Vorschriften des Landesstrafrechts, sondern ohne solche Beschränkung, schlechthin.[1] Ausnahmen von diesem Kodifikationsprinzip, also Lücken der Kodifikation, gelten nur insoweit, als sie vom Bürgerlichen Gesetzbuch oder dem Einführungsgesetz besonders gestattet werden.

Hiernach bestimmt sich der Umfang des Landesprivatrechts. Eine Darstellung des Landesprivatrechts hat diejenigen dem bürgerlichen Recht angehörenden Rechtsnormen zu behandeln, welche auf einer vom Landesrecht anerkannten Rechtsquelle beruhen und nach den Vorschriften des Reichsrechts neben diesem weiter bestehen dürfen, mögen sie vor oder nach dem 1. Januar 1900 erlassen worden sein oder erlassen werden. Zu diesen Rechtsnormen gehört für Hamburg insbesondere auch das gemeine Recht, welches früher in weitem Umfange im Hamburgischen Staatsgebiete Geltung hatte.

Das Landesprivatrecht steht daher im begrifflichen Gegensatz einerseits zum Reichsprivatrecht, dessen Darstellung nicht Aufgabe dieses Buches ist, andererseits zum öffentlichen Reichs- und Landesrecht, welches von dem Bürgerlichen Gesetzbuch grundsätzlich ausgeschlossen ist.[2]

II. Das Landesrecht kann auf dem Gebiete des Privatrechts in mehrfacher Richtung tätig werden.

1. Es hat die erforderlichen Einrichtungen zur Ausführung des B. G. B. und seiner Nebengesetze zu treffen. Dazu gehören z. B. die Vorschriften über die öffentlichen Hinterlegungsstellen, sowie die verschiedenen Arten der öffentlichen Bücher, die Grundbücher, Güterrechtsregister, Vereinsregister, Gesellschaftsregister, Personenstandsregister[3] usw.

Weiter gehört hierzu auch die Bestimmung der zuständigen Beamten und Behörden in den vom Reichsrecht vorgesehenen Fällen, z. B. für den Erwerb und die Entziehung der Rechtsfähigkeit eines Vereins oder einer

---

1) Vgl. Eck, Vorträge über das Recht des B.G.B. S. 16; Planck, B.G.B. VI Art. 55 Anm. 1.

2) S. über das Verhältnis des B.G.B. zum öffentlichen Recht Näheres unter VI und in § 10.

3) Vgl. Kisch S. 12.

Stiftung,[4] für die Befreiung von Ehehindernissen und dem Aufgebot vor der Eheschließung, für die Erteilung der Ehelichkeitserklärung[5] usw.

In allen Fällen liegt dem Einzelstaate eine Verpflichtung ob, teils muß er die erforderlichen Einrichtungen zu dem besonderen Zwecke besonders schaffen, teils muß er die Zuständigkeit der Beamten und Behörden bestimmen. Es erscheint nicht angängig, daß der Einzelstaat, indem er eine Bestimmung der Zuständigkeit in gewissen Fällen unterläßt, die Anwendbarkeit einzelner Vorschriften des B.G.B. von vornherein ausschließt. Dagegen steht nichts im Wege, daß da, wo das B.G.B. eine Handlung in das Ermessen der Verwaltungsbehörde stellt, nach Verwaltungsgrundsätzen die Handlung regelmäßig unterbleibt, etwaige Anträge auf Vornahme der Handlung daher abgelehnt werden.[6]

2. Es **kann** gewisse Einrichtungen und Vorschriften treffen, an welche das B.G.B. für den Fall ihres Bestehens eine privatrechtliche Folge knüpft, z. B. über gesetzliche Feiertage (§ 193 B.G.B.), über die Eintragung von Staatsschuldverschreibungen in ein Staatsschuldbuch,[7] über die Eheschließung von Militärpersonen und Beamten (§ 1315 B.G.B.), über gewisse Taxen (§§ 612, 632, 653 B.G.B.).

In diesen Fällen liegt dem Landesrecht keinerlei Pflicht ob, eine derartige Bestimmung zu treffen, vielmehr regelt das B.G.B. nur den Fall, daß eine solche Vorschrift besteht.[8]

3. Das Landesrecht kann von den sog. **Vorbehalten** Gebrauch machen und auf Grund ihrer bestimmte selbständige Rechtsnormen treffen,

---

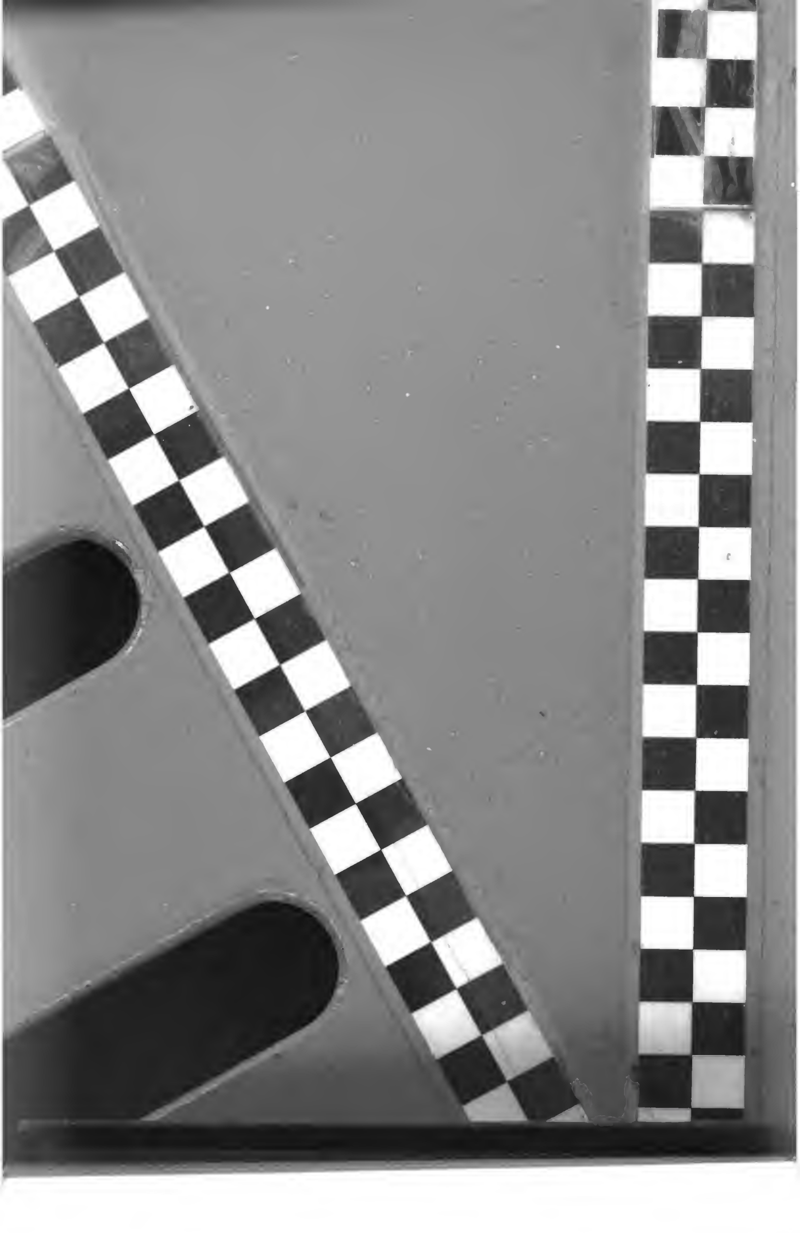
4) Vgl. §§ 22, 33, 44, 61, 80, 81, 87 B.G.B. und dazu §§ 1, 2, 3, 6 A.G. z. B.G.B.

5) Vgl. §§ 1322, 1723 B.G.B. und dazu Ausf. Ver. des Sen. v. 1. Dez. 1899 (Wulff III S. 87).

6) In diesen Fällen handelt es sich durchweg um öffentlichrechtliche Gesichtspunkte, in welche das B.G.B. nicht eingreifen will. Es gewährt dem Staate im einzelnen Fall nur das Recht, die Rechtsfähigkeit einem Verein, einer Stiftung zu gewähren, Befreiung von Ehehindernissen eintreten zu lassen; doch unterliegt die Ausübung dieser Befugnisse dem von öffentlichrechtlichen Rücksichten getragenen Ermessen des Staates oder der zuständigen Behörden.

7) Vgl. z. B. §§ 232, 236, 1393, 1667, 1807, 1815, 1853, 2117, 2118 B.G.B. und dazu Ges. v. 14. April 1902 betr. das Hamburgische Staatsschuldbuch (Wulff III S. 79).

8) Kisch (S. 4, 12) will die beiden Kategorien 1 und 2 unter dem Begriff der „Ergänzungsverweise" zusammenfassen. Dies scheint mir nicht glücklich, da m. E. ein grundsätzlicher Unterschied zwischen beiden Arten besteht. Die Vorschriften der zweiten Art haben einen selbständigen Charakter, während diejenigen der ersten Art lediglich Ausführungsvorschriften sind. Mißverständlich ist die Darstellung von Kisch auf S. 4, welche den Eindruck erweckt, als ob die Einzelstaaten in allen Fällen gezwungen seien, solche Vorschriften zu treffen, was freilich auf S. 12 in zutreffender Weise klargestellt wird.



auch ganze privatrechtliche Materien regeln. Wieweit dies geschieht, steht im Ermessen der Einzelstaaten (s. unter III.).

III. Eine besondere Bedeutung für das Landesprivatrecht haben die **Vorbehalte**, welche teils im E.G. z. B.G.B. (Art. 56—152), teils im B.G.B. selbst[9] oder in den Nebengesetzen[10] enthalten sind.

1. Die Vorbehalte sind entweder **besondere** oder **allgemeine**.[11]

a) Die **besonderen** Vorbehalte können sich auf eine einzelne Rechtsvorschrift beziehen und dem Landesrecht gestatten, in bezug auf eine einzelne Frage einen Rechtssatz bestimmten Inhalts zu geben.[12]

Als besonderer Vorbehalt ist aber auch derjenige aufzufassen, welcher dem Landesrecht gestattet, einen besonderen Teil einer Materie abweichend vom Reichsrecht zu regeln, sei es durch Aufhebung bestimmter Sätze des Reichsrechts oder durch Ergänzung des Reichsrechts. In diesen Fällen ist nicht der Inhalt der zu treffenden Rechtsnorm vorgeschrieben, sondern nur das Gebiet, auf welches sich die Regelung erstrecken darf. Vorbehalte der letzteren Art sind sehr häufig.[13]

b) Die Vorbehalte **allgemeiner** Natur beziehen sich auf **ganze Rechtsmaterien**, deren Regelung dem Landesrechte anheimgegeben ist. In Kraft geblieben sind aber **nur positive Rechtsvorschriften**, zu denen auch gewohnheitsrechtliche Normen gehören, nicht bloße Folgerungen, welche früher aus dem allgemeinen

---

9) Vgl. z. B. §§ 85, 907, 919, 1315, 1807 Abs. 2, 1808 B.G.B.

10) Nach § 83 G.B.O., § 2 E.G. z. B.G.B., § 189 F.G.G. gelten die Vorbehalte zugunsten der Landesgesetzgebung auch für die in den gedachten Gesetzen gegebenen Vorschriften. Weitere Vorbehalte enthalten §§ 2—14 E.G. z. Z.V.G. §§ 13, 14 E.G. z. K.O., Art. IV Ges. betr. Änderungen der K.O. v. 17. Mai 1898, §§ 11, 15 Ziff. 2, 3 E.G. z. Z.P.O., §§ 83—90 G.B.O., §§ 189—200 F.G.G., Art. 16—21 E.G. z. H.G.B. v. 10. Mai 1897.

11) Vgl. zum folgenden Kisch S. 5 ff.

12) Vgl. hierzu z. B. Art. 88 E.G. und § 28 A.G. z. B.G.B., Art. 92 E.G. u. § 23 A.G. z. B.G.B., Art. 120 E.G. und §§ 35 ff. A.G. z. B.G.B., § 90 G.B.O. und § 18 A.G. z. G.B.O., Art. 71 Ziff. 4 E.G. z. B.G.B. und § 32 Jagdgesetz v. 2. Jan. 1903.

13) Vgl. z. B. Art. 128 E.G. z. B.G.B., nach welchem die landesgesetzlichen Vorschriften über die Begründung und Aufhebung einer Dienstbarkeit an einem nicht gebuchten und nicht buchungspflichtigen Grundstück unberührt bleiben und dazu § 43 A.G. z. B.G.B. Ferner: Nach dem B.G.B. (§ 556) hat der Mieter nach der Beendigung des Mietverhältnisses die gemietete Sache dem Vermieter zurückzugeben. Art. 93 E.G. z. B.G.B. gestattet nun dem Landesrecht eine Räumungsfrist festzusetzen. Dies ist geschehen durch § 25 A.G. z. B.G.B. — Auch Art. 124 E.G. gehört hierher, welcher gestattet außer den im B.G.B. enthaltenen Beschränkungen des Nachbarrechts noch andere beliebigen Inhalts einzuführen. Dazu s. unten § 80.

bürgerlichen Recht abgeleitet wurden. Soweit eine positive Regelung der Materie nicht getroffen ist, besteht eine Lücke, welche aus den allgemeinen Grundsätzen des B.G.B. auszufüllen ist.[14]

α) Die Vorbehaltseigenschaft gewisser Materien beruht auf verschiedenen Gründen, insbesondere auf den ungleichen örtlichen Bedürfnissen in den verschiedenen Gegenden Deutschlands und auf dem mehr oder minder engen Zusammenhang mit dem öffentlichen Recht der einzelnen Staaten. In letzterer Beziehung wollte man authentisch festlegen, daß die Regelung der Materie auch für den Fall der Landesgesetzgebung zustehen solle, daß die Materie als eine im wesentlichen dem bürgerlichen und nicht dem öffentlichen Recht angehörende betrachtet werde.

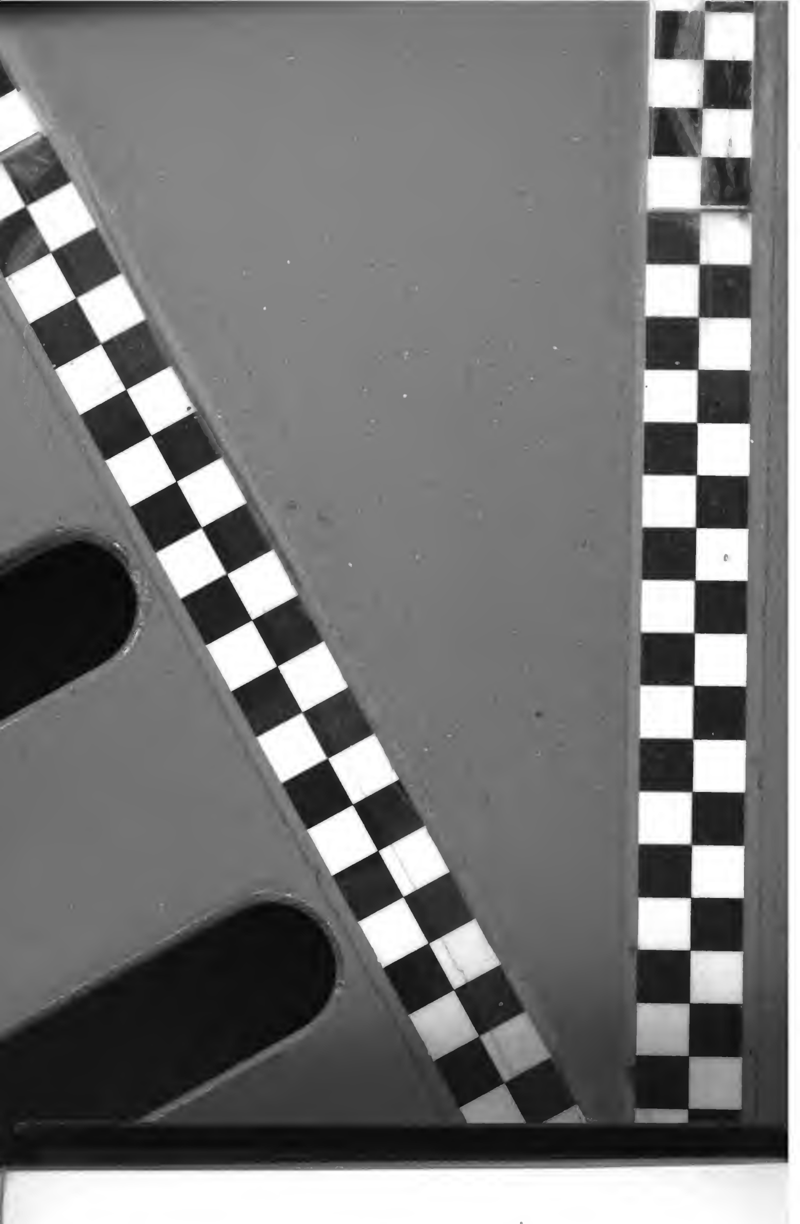
β) Von den allgemeinen Vorbehalten kommen für Hamburg wesentlich in Betracht: das Recht der Familienfideikommisse (Art. 59 E.G. z. B.G.B.), das Anerbenrecht (Art. 64), das Wasser-, Deich-, Siel-, Berg-, Jagd- und Fischereirecht (Art. 65, 66, 67, 69), das Recht des Wildschadenersatzes (Art. 71 Ziff. 4), das Beamtenrecht (Art. 80, 81), das Recht der Privatpfändung und des Pfand- oder Ersatzgeldes (Art. 89, 107), das Recht der gewerblichen Pfandleihe (Art. 94), das Gesinderecht (Art. 95), das Recht des Altenteils (Art. 96), das Recht des Staatsschuldbuchs (Art. 97), das Recht der Rückforderung mit Unrecht erhobener öffentlicher Abgaben (Art. 104), das Enteignungsrecht (Art. 109), das Recht der öffentlichen Eigentumsbeschränkungen (Art. 111), das Recht der Kirchenstühle und Begräbnisstätten (Art. 133), das Recht der religiösen Erziehung der Kinder und der Zwangserziehung (Art. 134, 135), das Erbrecht am Nachlaß Verpflegter (Art. 139), das öffentliche Hinterlegungsrecht (Art. 144, 145, 146).

γ) Diese Befugnis der Landesgesetzgebung, die Materie zu regeln, ist eine umfassende, soweit der Vorbehalt nicht selbst die Befugnis beschränkt.[15] Sie erstreckt sich insbesondere sowohl auf die

---

14) Dies folgt daraus, daß grundsätzlich das bürgerliche Recht durch das Reichsrecht geregelt ist und durch die Vorbehalte der Landesgesetzgebung nur die Befugnis gewährt worden ist, einzelne Materien zu regeln. Soweit mithin eine Regelung nicht erfolgt ist und sich auch nicht aus dem früheren Gewohnheitsrecht ergibt, müssen daher, vorausgesetzt, daß es sich um eine Materie des bürgerlichen Rechts handelt, die Grundsätze des B.G.B. Platz greifen. Vgl. Entsch. des R.G. 55 S. 2; Windscheid-Kipp, Pand. (9. Aufl.) I S. 33; a. M. Kisch S. 6.

15) Dies ist bei einer Reihe von Vorbehalten geschehen, z. B. bei denjenigen des Jagd- und Fischereirechts (Art. 69), des Gesinderechts (Art. 95), des Hinterlegungsrechts (Art. 145).



Regelung der speziellen Normen des vorbehaltenen Rechtsgebiets, als auch auf diejenige der allgemeinen Bestimmungen, so daß auch in bezug auf letztere das Landesprivatrecht von dem Reichsrechte abweichende Vorschriften treffen kann.

d) Der Umfang der Materie hängt nicht davon ab, daß ein Gegenstand in einem einzelnen Gesetze oder in einem abgeschlossenen Gesetzesteil geregelt ist, vielmehr entscheidet über den Umfang die Anschauung des Lebens; soweit nach dieser gewisse Vorschriften dem bestimmten Rechtsverhältnis angehören, unterliegen sie auch der landesrechtlichen Regelung dieser Materie.[16] Dabei spricht allerdings unter Umständen[17] eine Vermutung dafür, daß solche Vorschriften, die in einem Zusammenhang gesetzlich geregelt sind, auch als innerlich zusammenhängend zu betrachten sind.

2. Die Fassung der Vorbehalte ist äußerlich eine verschiedene. Bald „bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über . . . unberührt", bald „können die Landesgesetze bestimmen, daß . . ."[18] Beide Ausdrucksweisen sind aber gleichbedeutend. Sie bestimmen, daß die bestehenden landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft bleiben, neue auch in Zukunft unbeschränkt erlassen und die bestehen gebliebenen abgeändert werden können (Art. 3 E.G. z. B.G.B.). Der Ausdruck Landesgesetz umfaßt auch hier jede Rechtsnorm, insbesondere auch diejenigen, die sich aus dem gemeinen Recht ergeben.

3. Jedes Gesetz setzt das Bestehen anderer gesetzlicher Vorschriften, insbesondere solche allgemeiner Natur voraus. Es fragt sich dann, welche Vorschriften zur Anwendung zu bringen sind, wenn das erstere Gesetz unter dem neuen Recht bestehen geblieben ist, während die letzterwähnten Vorschriften als solche gemäß Art. 55 E.G. z. B.G.B. aufgehoben worden sind.

Diesen Fall regelt Art. 4 E.G. z. B.G.B. dahin, daß

soweit in Reichsgesetzen oder in Landesgesetzen auf Vorschriften verwiesen ist, welche durch das B.G.B. oder das

16) S. hierüber Zitelmann, Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht S. 6, Oertmann S. 2, Kisch S. 7.

17) Z. B. wenn ein Gesetz als Jagd-, Fischerei-, Berggesetz, als Deichordnung oder Enteignungsgesetz bezeichnet ist.

18) Eine weitere Abweichung in der Fassung enthalten die Art. 126 („durch Landesgesetz kann . . . übertragen werden") und Art. 148 („die Landesgesetze können . . . ausschließen").

E.G. z. B.G.B. außer Kraft gesetzt worden sind, an deren Stelle die entsprechenden Vorschriften des B.G.B. oder des E.G. z. B.G.B. getreten sind.

Der Inhalt und Umfang dieser Bestimmung ist im einzelnen streitig.[19]

a) Vorausgesetzt ist eine Verweisung in einem fortgeltenden Reichs- oder Landesgesetz auf eine aufgehobene Rechtsnorm. Diese Verweisung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen; sie wird insbesondere auch dann als gegeben erscheinen müssen, wenn das aufgehobene Recht nur stillschweigend als Grundlage und als zur Ergänzung dienend vorausgesetzt wird. Somit ist anzunehmen, daß grundsätzlich auch bei den dem Landesrecht vorbehaltenen Materien die allgemeinen Vorschriften des neuen Rechts an Stelle derjenigen des alten Rechts getreten sind.[20]

Besondere Verweisungen finden sich in bestehen gebliebenen Gesetzen z. B. bez. der Begriffe Schriftlichkeit der Form,[21] Wohnsitz,[22] Kündigung,[23] Verjährung,[24] Zufall[25] usw.

b) Fraglich kann sein, ob auch bei Verweisungen in öffentlich rechtlichen Landesgesetzen auf aufgehobene Vorschriften dieser Grundsatz zur Anwendung kommt. Diese Frage ist an sich zu verneinen. Denn das E.G. z. B.G.B. hat einen solchen Eingriff in das Landesrecht jedenfalls nicht vornehmen wollen.[26]

Aber aus dem Landesrecht kann sich eine solche Ersetzung des alten durch das neue Recht ergeben. Bei dem engen Zusammenhang, welcher in Hamburg zwischen dem öffentlichen und dem privaten Recht besteht, wo

---

19) Vgl. Planck VI Art. 4 Anm.; Zitelmann a. a. O. S. 48 ff.; Crome, System I S. 48; Oertmann S. 3 ff.; Kisch S. 7 ff.; Kloß Seite 4.

20) Dies ist anzunehmen, einerlei ob man diesen Fall unter den Art. 4 subsumieren will oder, da er keine „Verweisung" enthält, dies ablehnt. Auch in letzterem Fall muß man zu demselben Schlusse kommen. Denn wenn schon die ausdrücklich angezogenen Vorschriften des alten Rechts durch die neuen Bestimmungen ersetzt werden, so muß dies um so eher von solchen Vorschriften gelten, welche in dem aufrechterhaltenen Gesetz nur ganz allgemein vorausgesetzt werden. So auch Eck, Vorträge S. 19, Planck VI Art. 4 Anm. 1, Oertmann S. 3.

21) Vgl. z. B. § 3 Dienstbotenordn. v. 7. Dez. 1898, § 10 Ges. betr. das Staatsschuldbuch v. 14. April 1902.

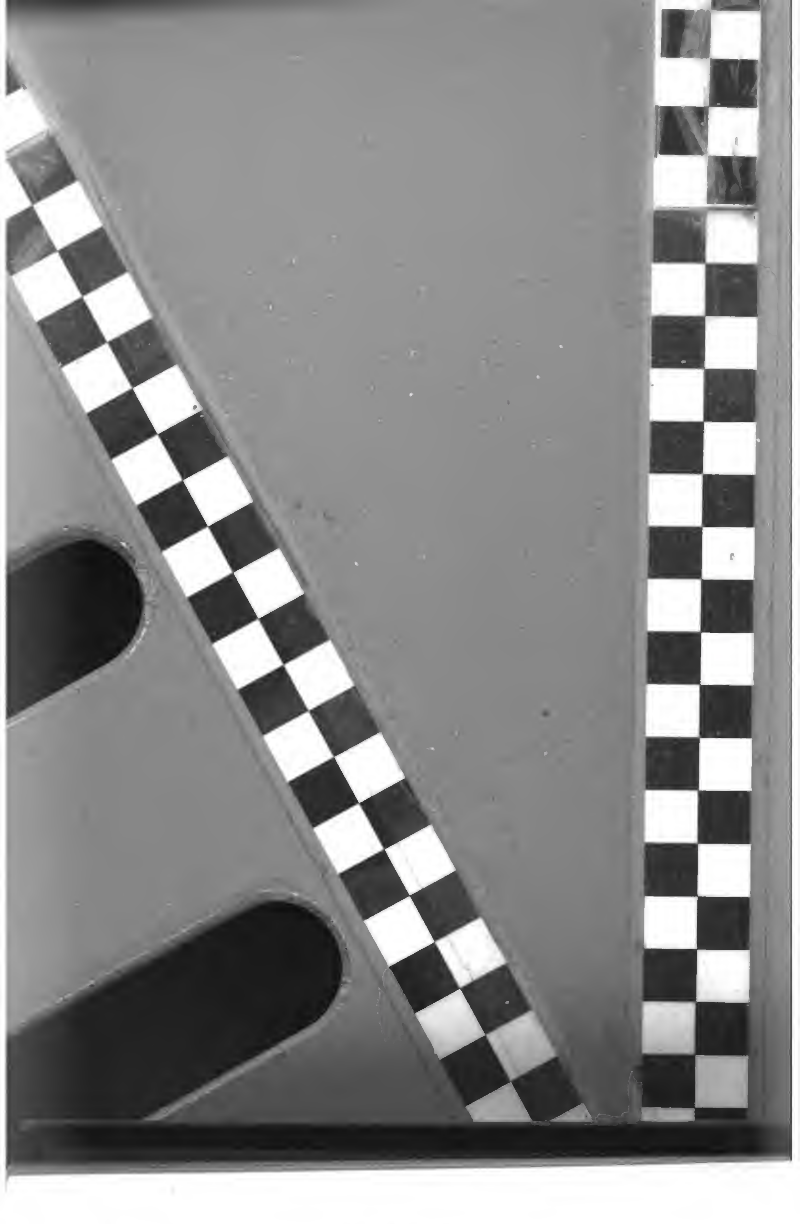
22) Vgl. z. B. § 9 Ziff. 2 Dienstbotenordn.

23) Vgl. z. B. § 20 Dienstbotenordn.

24) Vgl. z. B. § 37 Ges. betr. Forst- und Feldfrevel v. 21. Mai 1902.

25) Vgl. z. B. § 9 Pfandleiherordn. v. 10. Dez. 1880.

26) So auch Zitelmann a. a. O. S. 53; Oertmann S. 4; Mot. zu Entw. I des E.G. S. 64.



sich das erstere vielfach aus dem letzteren entwickelt hat, scheint eine solche Schlußfolgerung in der Regel gerechtfertigt. Im Zweifel ist anzunehmen, daß bei Verweisungen in öffentlichrechtlichen Gesetzen auf privatrechtliche Begriffe diese jetzt aus dem Reichsrecht zu entwickeln sind.[27] Doch ist in jedem Falle genau zu prüfen, ob der Wille des Gesetzgebers nicht aus besonderen Gründen auf die betr. Vorschrift des alten Rechts verwiesen hat, so daß diese auch künftig maßgebend bleibt.

c) Eine Verweisung auf aufgehobene Vorschriften liegt nicht vor, wenn die betroffene angezogene Vorschrift einen Teil der vorbehaltenen Materie selbst bildet. Dies ist im Gesetz nicht ausdrücklich vorgeschrieben, aber von den Redaktoren als selbstverständlich angenommen worden.[28] Darnach können in einzelnen Fällen allgemeine Vorschriften des alten Rechts aufrechterhalten werden, insoweit sie mit der betreffenden besonderen Materie derartig verschmolzen sind, daß sie geradezu Bestandteil derselben geworden sind. Es wird im einzelnen Fall zu prüfen sein, inwieweit allgemeine Vorschriften des früheren Rechts bei vorbehaltenen Materien aufrechterhalten worden sind. In der Regel wird dies nicht der Fall sein, wenn es sich um allgemeine Begriffe, wie

27) Dies ist von besonderer Bedeutung für die unter altem Recht erlassenen Steuergesetze, insbesondere das Ges. v. 2. März 1882 betr. die Immobilien-Abgabe. Man wird in diesem jedenfalls an Stelle der alten Begriffe die entsprechenden des neuen Rechts setzen müssen. Bei den unter neuem Recht erlassenen Gesetzen werden die privatrechtlichen Begriffe regelmäßig aus dem Reichsrecht zu interpretieren sein (z. B. die Begriffe „Anfall", „Testamentsvollstrecker", „Nachlaßpfleger" usw. im Erbschaftssteuergesetze v. 2. März 1903), soweit nicht aus der gesetzlichen Bestimmung selbst sich ein Anderes ergibt (z. B. bez. des Begriffs „Wohnsitz" im § 1 des Einkommensteuerges. v. 2. Febr. 1903). Auch wenn in einzelnen Fällen, z. B. hinsichtlich der Verjährung (vgl. z. B. § 20 Erbschaftssteuerges. v. 2. März 1903, § 15 Ges. betr. die Stempelabgabe v. 11. Dez. 1903) nicht ausdrücklich auf die Vorschriften des B.G.B. verwiesen wird, wie es z. B. in §§ 10, 14 Hamb. Gerichtskostenges. v. 29. Dez. 1899 der Fall ist, wird doch anzunehmen sein, daß die Vorschriften des B.G.B. zur Anwendung kommen, soweit nicht Abweichendes bestimmt ist.

28) In den Mot. z. Entw. I des E.G. (S. 64) wird es als selbstverständlich erklärt, daß die Vorschrift des Art. 4 keine Anwendung finde, wenn die in dem einschlagenden Landesgesetze enthaltene Verweisung auf einen allgemeinen Satz des bisherigen Privatrechts die Bedeutung habe, daß der Satz einen Bestandteil des betreffenden Spezialrechts bilden solle. In der 2. Lesung (Prot. VI S. 363) wurde angeregt, diese Einschränkung in den Gesetzestext zu übernehmen. Dies wurde aber schließlich abgelehnt (Prot. VI S. 599, 600), trotzdem man allseitig darüber einverstanden war, daß es, wenn das Landesgesetz eine dem allgemeinen Recht entnommene besondere Bestimmung enthalte, eine Auslegungsfrage sei, ob die Bestimmung unter allen Umständen oder ob sie nur deshalb gelten sollte, weil sie dem allgemeinen Recht angehöre; im letzteren Falle werde sie durch das B.G.B. ersetzt. Vgl. hierzu Planck VI Art. 4 Anm. 2; Zitelmann S. 31 ff.; Oertmann S. 4; Kisch S. 10.

Verjährung, Schadensersatz usw. handelt. Dagegen ist anzunehmen, daß eine Bestimmung des allgemeinen Rechts hat aufrechterhalten werden sollen, wenn sie in dem Spezialgesetz wörtlich oder wenigstens mit nur unwesentlichen Abänderungen wiedergegeben worden ist. Bei der Natur des früheren Hamburgischen Rechts dürfte dieser Fall der direkten Wiederholung einer Vorschrift des allgemeinen Rechts in einem besonderen Gesetz kaum vorkommen. Die allgemeinen Vorschriften wurden eben regelmäßig stillschweigend als solche des allgemeinen Rechts vorausgesetzt und müssen daher jetzt als durch die Vorschriften des neuen Rechts ersetzt gelten.[29]

d) Es ist möglich, daß das vorbehaltene Recht auf Einrichtungen und Vorschriften verweist, welche das neue Recht gar nicht kennt. In diesem Falle würde eine Lücke entstehen, wenn man die Einrichtung oder Vorschrift auch für das vorbehaltene Recht als beseitigt ansähe. Deshalb wird mit Recht allgemein die Fortdauer dieser in Bezug genommenen Vorschriften angenommen.[30] Dies gilt z. B. für die interdicta ne quid in flumine publico beim Wasserrecht, für die unvordenkliche Verjährung bei den öffentlichen Sachen, bei den Gewässern usw.

IV. Zum Landesprivatrecht gehört auch das Übergangsrecht, d. h. dasjenige Recht, welches die aus der Zeit des alten in die des neuen Rechts hineinragenden Rechtswirkungen regelt.[31]

1. Das B.G.B. enthält keinen allgemeinen Grundsatz über das Verhältnis neuer Rechtssätze zu den vor ihrer Geltung entstandenen Rechtsverhältnissen. Ebensowenig findet sich im E.G. z. B.G.B. ein solcher allgemeiner Grundsatz ausgesprochen.

Aus den Motiven[32] ergibt sich aber, daß grundsätzlich das neue Recht nur diejenigen Tatbestände ergreifen und diejenigen Rechtsverhältnisse betreffen will, die sich während seiner Geltung ereignen. Im Zweifel ist daher nicht anzunehmen, daß das neue Recht auf bei seinem Inkraft-

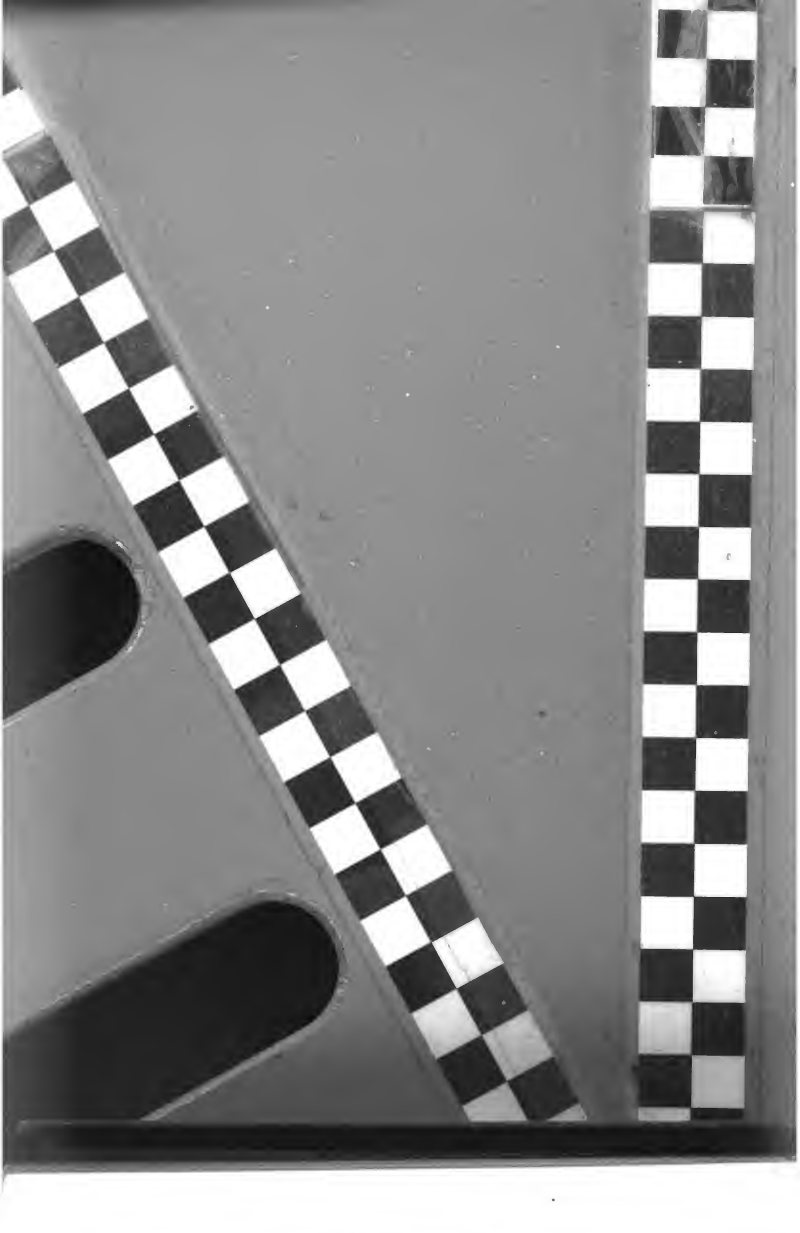
---

29) Immerhin kommen auch allgemeine Vorschriften des alten Rechts noch auf einzelnen Gebieten, z. B. bei den Grunddienstbarkeiten, hinsichtlich derer dem Landesrecht ein sehr weiter Spielraum gewährt wird; ferner bei den Renten, den Reallasten usw. zur Anwendung. S. §§ 97, 100, 102.

30) Vgl. Planck VI Art. 4 Anm. 2; Oertmann S. 4; Kisch S. 11.

31) Vgl. hierzu besonders Habicht, Einwirkung des B.G.B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse (3. Aufl. 1901); Affolter, System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts 1903; Windscheid-Kipp (9. Auflage) S. 36 ff.

32) Vgl. Mot. z. Entw. I des B.G.B. I S. 19 ff., Mot. zu Entw. I des E.G. z. B.G.B. S. 235. S. hierüber auch § 9 II.



treten bereits bestehende Rechtsverhältnisse einwirken will. Indessen kann der Gesetzgeber eine solche Einwirkung durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung oder stillschweigend üben. Es ist Sache der Auslegung, festzustellen, ob der Gesetzgeber eine solche Einwirkung im einzelnen Falle hat üben wollen.[33]

2. Das E.G. z. B.G.B. übt eine solche Einwirkung im reichen Maße, indem es in den Art. 153—218 eine große Anzahl von Vorschriften für die bei seinem Inkrafttreten bereits bestehenden Rechtsverhältnisse trifft. Ebenso enthalten die Nebengesetze zum B.G.B. zahlreiche Übergangsvorschriften.

Diese Vorschriften erkennen die aus einem vor dem Inkrafttreten des B.G.B. begründeten Rechtsverhältnisse entstandenen konkreten Ansprüche und Verpflichtungen durchweg als fortbestehend an. Doch werden die Wirkungen des Rechtsverhältnisses für die Zukunft entweder vollständig[34] oder in einzelnen Beziehungen[35] dem neuen Recht unterworfen.

Eine noch stärkere Rückwirkung des neuen Rechts dahin, daß einem unter altem Recht eingetretenen Tatbestande eine Wirkung entzogen wird, welche sie unter altem Recht gehabt haben würde oder daß ihm eine Wirkung nach dem neuen Recht beigelegt wird, findet sich nur in einzelnen Fällen.[36]

3. Soweit hiernach auf die bestehenden Rechtsverhältnisse das neue Recht nicht zur Anwendung kommt, sind die alten Vorschriften maßgebend geblieben. Während aber für die Vorbehalte die Fassung (III 2) regelmäßig die gleiche ist, ist für das Übergangsrecht eine sehr verschiedene Fassung gewählt worden. Meistens ist die Fassung derartig, daß sich gewisse Wirkungen „nach den bisherigen Gesetzen bestimmen", daß „die bisherigen Gesetze maßgebend" oder „in Kraft bleiben", auch „Anwendung finden."[37]

---

33) Vgl. hierzu Habicht S. 4 ff.

34) Dies gilt z. B. für die Wirkungen der vor dem Inkrafttreten des B.G.B. erfolgten Entmündigung wegen Geisteskrankheit (Art. 155 E.G. z. B.G.B.), für eine Gemeinschaft nach Bruchteilen (Art. 173), für die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zueinander, insbesondere die gegenseitige Unterhaltspflicht (Art. 199); vgl. ferner Art. 174 Abs. 1 Satz 1, 176, 177, 180, 184 Satz 2, 192—195, 203, 205, 210, 214 E.G.

35) Dies gilt z. B. für die Verjährung (Art. 169) und die Ehescheidung (Art. 201 E.G.).

36) Dies ist z. B. der Fall hinsichtlich der Anfechtbarkeit einer beim Inkrafttreten des B.G.B. bestehenden Ehe (Art. 198 Abs. 2 E.G.), hinsichtlich der Gültigkeit des Testaments Entmündigter (Art. 215 Abs. 2).

37) Daneben sind noch andere Fassungen gebraucht, z. B. „bleiben wirksam" (Art. 168), „behalten die Wirksamkeit" (Art. 179), „bleiben unberührt"

Diese Unterschiede in der Fassung begründen indessen keinen sachlichen Unterschied, sie enthalten vielmehr sämtlich den Rechtssatz, daß für diese Rechtsverhältnisse das alte Recht mit seinen Wirkungen bestehen bleiben soll.[38]

4. Soweit das alte Recht für die bestehenden Rechtsverhältnisse maßgebend geblieben ist, ist es dem Landesrecht, ebenso wie beim Vorbehaltungsrecht, gestattet, die maßgebenden Vorschriften des Landesrechts auch nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts zu ändern (Art. 218 E.G.).

a) Diese Befugnis der Landesgesetzgebung ist hinsichtlich derjenigen Rechtsverhältnisse bez. deren das alte Recht vollständig aufrechterhalten geblieben ist, welche also dem Vorbehaltsrecht angehören, unbeschränkt. Im übrigen ist sie an die Schranken gebunden, innerhalb deren das alte Recht aufrechterhalten worden ist, insbesondere an die Grenzen des betreffenden bestehenden Rechtsverhältnisses; letzterenfalls können also nicht etwa Vorschriften für sich unter dem neuen Recht neu bildende gleiche Rechtsverhältnisse erlassen werden.

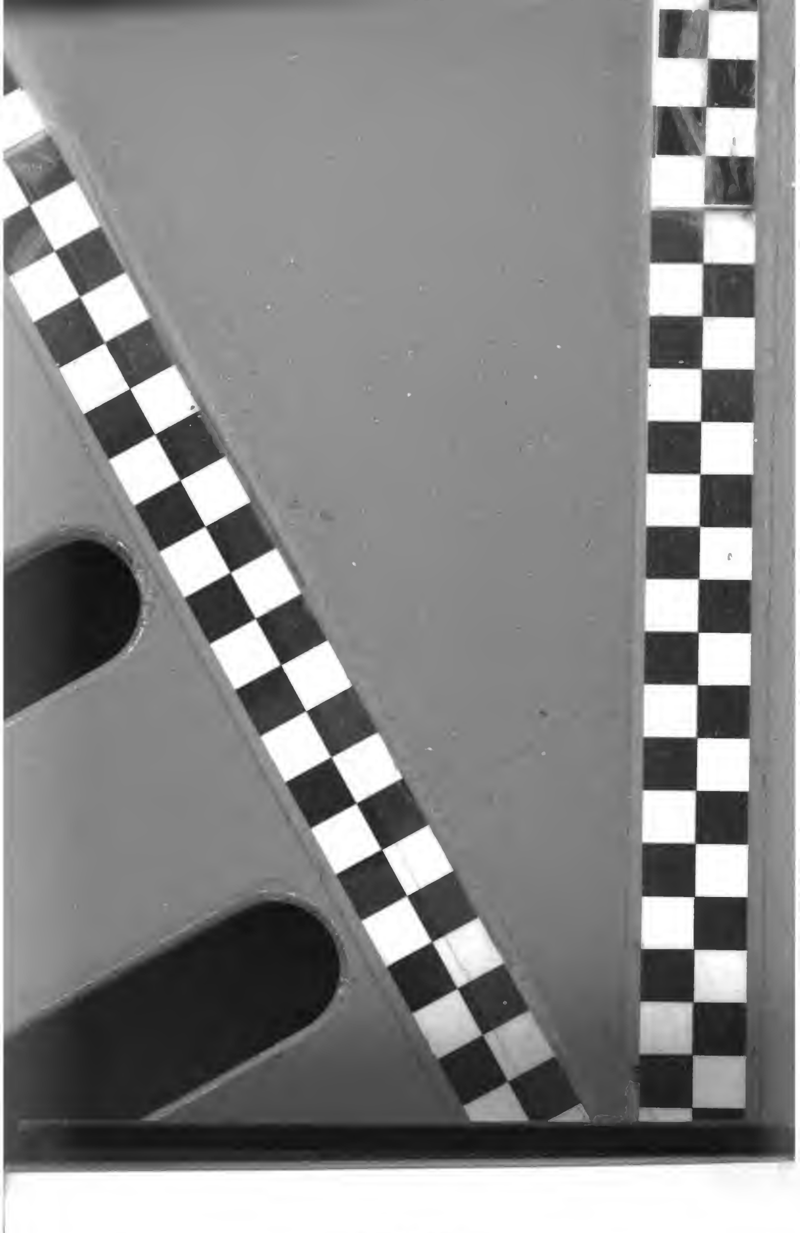
b) Einen besonderen Charakter haben diejenigen Übergangsvorschriften, welche im Hinblick auf das Inkrafttreten des neuen Rechts erlassen worden und bestimmt sind, das alte Recht an das neue anzupassen.

Unter diesen kommen wieder diejenigen vornehmlich in Betracht, welche das neue Recht auch auf alte Rechtsverhältnisse zur Anwendung bringen, was besonders auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechts geschehen ist (s. §§ 112ff.). In diesem Fall gilt das betr. Reichsrecht aber nicht als solches, sondern als Landesgesetz, kann mithin von der Landesgesetzgebung auch später wieder abgeändert werden.[39] Dies ist nicht zu bezweifeln, insbesondere in denjenigen Fällen, in denen das Reichsrecht nicht ganz unverändert, sondern nur mit Abänderungen eingeführt worden ist. Weiter kann auf die Verletzung dieser Gesetze die Revision nicht gestützt werden, soweit der Geltungsbereich dieser Gesetze sich nicht über den Bezirk des Oberlandesgerichts hinaus erstreckt. Denn nach dem

(Art. 172 Satz 2), „bleiben bestehen" (Art. 181 Abs. 2, Art. 182 S. 1, Art. 184), weiter: „ein Verfahren ist nach den bisherigen Gesetzen zu erledigen" (Art. 161, 178), der Erwerb oder Verlust von Rechten „erfolgt nach den bisherigen Gesetzen" (Art. 189), ein Rechtsgeschäft „wird nach den bisherigen Gesetzen beurteilt" (Art. 217).

38) Vgl. Habicht S. 23, Planck VI § 218 Anm. 1.

39) Vgl. Planck VI Art. 218 Anm. 2.



E.G. z. B.G.B. ist in diesen Fällen das Landesrecht erhalten geblieben; eine Ermächtigung für die Landesgesetzgebung, das Reichsrecht als solches einzuführen, besteht nicht.[40] Tatsächlich bedeutet die Einführung der Vorschriften des B.G.B. durch die Übergangsvorschriften des Landesrechts nur die Einführung inhaltlich mit dem Reichsrecht übereinstimmender landesrechtlicher Vorschriften.

c) Eine andere Bedeutung als die besprochenen Bestimmungen haben die Vorschriften der Art. 187, 188, 193—196 E.G. Diese geben dem Landesrecht die Befugnis, für besondere Fälle Vorschriften zu treffen, welche von dem abweichen, was sonst nach dem E.G. eintreten würde. Hier werden nicht bestehende Rechtssätze aufrechterhalten, sondern neue Vorschriften zugelassen, die in bezug auf den neuen Zustand gegeben werden sollen. Dies hat für Hamburg wesentlich Bedeutung hinsichtlich der Grunddienstbarkeiten (Art. 187). S. § 97.

d) Über die zeitliche Kollision der landesrechtlichen Übergangsvorschriften mit den Bestimmungen des alten Rechts s. § 9 II.

5. Das Landesprivatrecht hat, soweit es die Übergangsvorschriften betrifft, nur vorübergehenden Charakter. Die meisten Rechtsverhältnisse, die von ihm am 1. Januar 1900 betroffen worden sind, sind heute bereits erledigt. Eine Darstellung dieses Teiles des Landesprivatrechts kann daher unterbleiben, abgesehen von denjenigen Vorschriften, welche voraussichtlich noch längere Dauer haben werden. Dazu sind namentlich zu rechnen: das Recht der alten Vereine und Stiftungen,[41] der alten Grunddienstbarkeiten,[42] der alten Hypotheken,[43] das Güterrecht der alten Ehen[44] und das Recht der alten Testamente.[45] Auch bei anderen Materien werden hie und da Übergangsfragen von besonderer Bedeutung zu streifen sein.

V. In einem begrifflichen Gegensatz zum privaten steht das öffentliche Recht (s. § 10). Da aber viele Materien wegen ihres Zusammenhanges mit dem öffentlichen Recht oder weil ihre Zugehörigkeit zum öffentlichen oder zum privaten Recht zweifelhaft ist, der Regelung

40) So mit Recht Habicht S. 35. A. M. die konstante Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. Entsch. 39 S. 27, 35 S. 250), welche dem Interesse der Rechtseinheit entsprechen dürfte, aber sich kaum rechtfertigen läßt. Es fehlt vor allem an jeder Ermächtigung des Landesrechts, Reichsrecht als solches einzuführen.

41) S. §§ 19, 22.

42) S. § 97.

43) S. §§ 104 ff.

44) S. §§ 112 ff.

45) S. §§ 144, 145.

durch das Landesrecht ausdrücklich vorbehalten worden sind, wird eine Darstellung des Landesprivatrechts auch eine Reihe von Vorschriften enthalten müssen, welche nicht rein privatrechtlicher Natur sind, sondern öffentlich rechtlichen Charakter haben oder wenigstens dem Grenzgebiete zwischen öffentlichem und privatem Recht angehören. An einzelnen Stellen wird es wegen der gegenseitigen Einwirkungen zwischen öffentlichem und privatem Recht angebracht sein, direkt öffentlichrechtliche Vorschriften in den Kreis der Behandlung einzubeziehen, z. B. bei der Darstellung des Vereinsrechts,[46] der landesrechtlichen Verjährungsvorschriften[47] usw.

VI. Eine derartige Darstellung des Landesprivatrechts kann naturgemäß keine Darstellung eines an sich zusammenhängenden, geschlossenen Systems enthalten. Sie wird aus der Aneinanderreihung einer Anzahl von Einzelheiten bestehen, welche wesentlich eine Ergänzung des Reichsprivatrechts bilden. Daher folgt die Anordnung des Stoffes der Ordnung des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

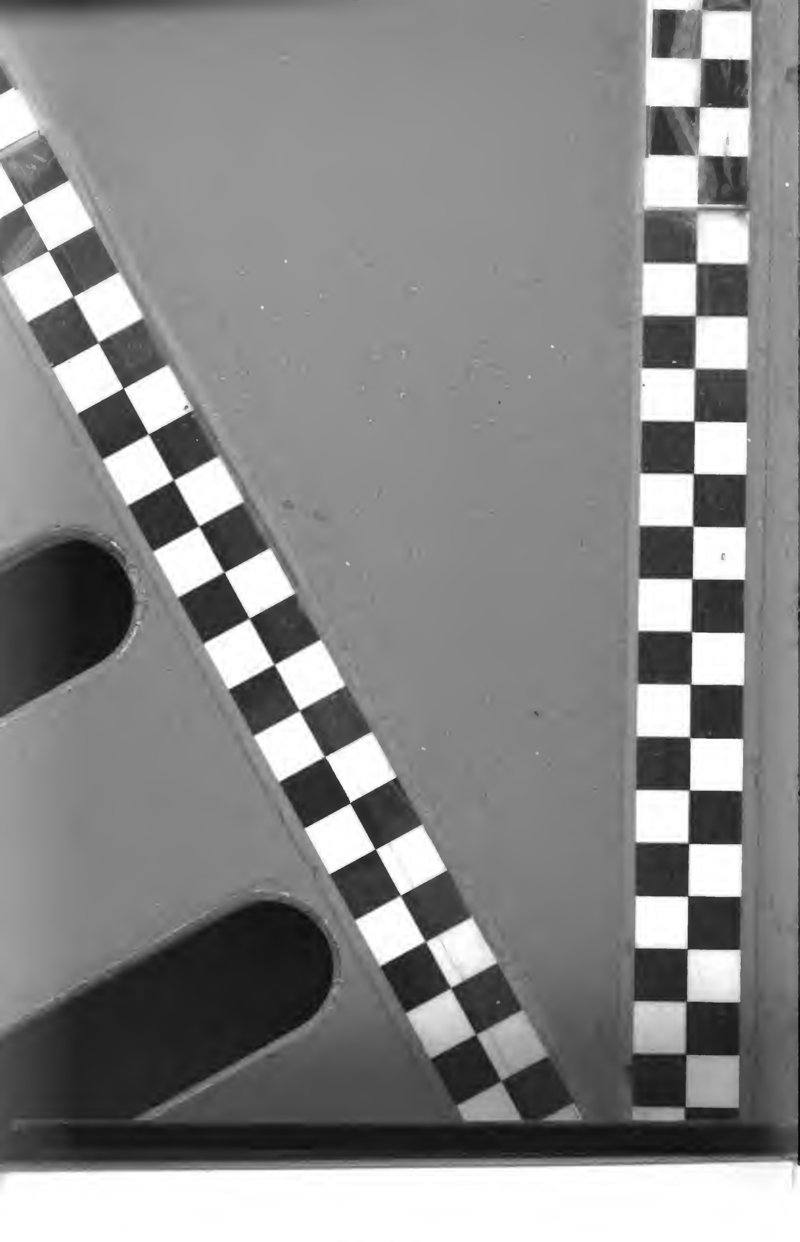
Da dieses Werk eine Ergänzung zu Dernburgs Bürgerlichem Recht darstellt, so ist bei der Schilderung des Reichsrechts das letztere auch da durchweg zugrunde gelegt, wo dies nicht durch Verweisungen ausdrücklich ausgesprochen worden ist.

§ 2. Geschichtliche Entwicklung des Hamburgischen Privatrechts.[1]

I. Die älteste Geschichte des Hamburgischen Privatrechts ist dunkel. Wir kennen die Entwicklung der staatsrechtlichen und der Jurisdiktionsverhältnisse im alten Hamburg, erhalten über das geltende Privatrecht aber erst Kunde mit dem Jahre 1270, von welchem das erste Stadtrecht, das Buch der Hamburgischen Ordeele, datiert; andere Handschriften dieses Stadtrechts tragen die Jahreszahlen 1276 und 1277. Dieses Stadtrecht ist das älteste deutsche Statut, in dessen Anordnung ein an die Institutionen Justinians erinnernder Plan sich darstellt und zugleich unter den bekannten älteren Stadtrechten das einzige, welches sich lediglich auf bürgerliches und peinliches Recht beschränkt, so daß

46) S. § 17.
47) S. § 35.

1) Vgl. hierzu insbesondere Baumeister, Das Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg I S. 1 ff.; Anderson, Hamb. Privatrecht S. 1 ff.; Niemeyer, Hamb. Privatrecht S. 6 ff.; Lappenberg, Hamburgische Rechtsaltertümer.



selbst das Schiffsrecht einen völlig abgesonderten Teil desselben bildet.[2] Es enthält viel von dem sehr einflußreichen lübischen und dem Soester sowie von dem Recht des zu Anfang des 13. Jahrhunderts von Eike von Repgow aufgezeichneten Sachsenspiegels, es finden sich in ihm aber auch Rechtsbestimmungen entschieden autonomer Natur, so daß auf das Bestehen schriftlicher Rechtssatzungen schon vor dem Erscheinen dieses Stadtrechts mit Notwendigkeit zu schließen ist.[3] Wie die Gerechtsame des Lübecker und Soester Rechts auf Hamburg übertragen worden sind, so ist das Hamburger Stadtrecht wieder an eine Reihe anderer Städte weitergegeben worden.[4]

Eine Rezension des Stadtrechts von 1270 vom Jahre 1292 unterscheidet sich von dem ersteren nur durch wenige Artikel, aber durch die völlig verschiedene Anordnung der Artikel.[5] Dagegen wurde im Jahre 1497 vom Rate auf Anregung des Bürgermeisters Dr. Langenbeck eine eingehende Revision des Stadtrechts beschlossen. Die beginnende Rezeption des römischen Rechts durch die Lehre desselben auf den deutschen Universitäten wie auch die Gründung des Reichskammergerichts bildeten den Antrieb zu diesen wie zu den Reformationen der Stadtrechte anderer deutscher Städte. Während sich aber in den letzteren der Einfluß des römischen Rechts teilweise schon in bedeutendem Maße zeigt, ist dies in dem Stadtrechte von 1497 nicht der Fall. Dasselbe unterscheidet sich von dem früheren Stadtrechte wesentlich nur durch Hinzufügung von etwa 12 neuen Artikeln und eine gründliche Überarbeitung des Schiffsrechtes. Aus dem römischen Recht wurde nur die Verjährung von 3, 10 und 20 Jahren aufgenommen.

Neben dem Stadtrecht kommen für das frühere Recht die Re-

2) Vgl. Westphalen, Hamb. Verfassung und Verwaltung I S. 209.

3) Vgl. Lappenberg S. 31 ff., 66 ff. Dieser hat zuerst auf die an die Institutionen anklingende Anordnung der Rubriken und Artikel hingewiesen.

4) Nach Lappenberg (S. 78 ff.) und Baumeister (S. 3) an Stade (das Stader Stadtrecht von 1279 stimmt genau mit dem Hamburger überein und enthält keine selbständigen Vorschriften), von dort an Buxtehude und Otterndorf, an Bremen teilweise (Gesinde-, Prozeß-, Kriminal- und namentlich Schiffsrecht), von dort an Verden, endlich an Riga und von dort an viele Orte von Livland und Esthland (z. B. Windau, Dorpat, Wolmar). Auffallend ist, daß das Hamburgische Stadtrecht, welches auf dem lübischen Recht beruht, mehreren Handschriften des lübischen Rechts angehörig ist und demnach wieder in Lübeck rezipiert zu sein scheint.

5) Vgl. Lappenberg S. 117.

zesse,[6] d. h. in solenner Form ausgefertigte Beschlüsse von Rat und Bürgerschaft, sowie die Burspraken in Betracht, welche Vorschriften meist polizeilicher Natur enthielten, die bis zum Jahre 1810 zweimal jährlich zur Nachachtung öffentlich verlesen wurden und deren Abänderung oder Ergänzung vom Rat nur mit Bewilligung der bürgerlichen Kollegien erfolgen sollte.

II. Eine vollständige Umarbeitung des Stadtrechtes erfolgte im Jahre 1603. Man erachtete es für notwendig, das Stadtrecht in die hochdeutsche Sprache zu übersetzen und mit dem immer einflußreicher werdenden gemeinen Recht endlich in Einklang zu bringen. Letzteres erfolgte in der Weise, daß man die auf einer Verarbeitung römischen Rechts beruhende, sich eines großen Ansehens erfreuende Nürnberger Reformation von 1564 zugrunde legte und deren Artikel teilweise wörtlich, teilweise mit geringen Änderungen übernahm.[7] Auch bei der Anordnung ist man der Nürnberger Reformation gefolgt, indem man wie bei dieser im ersten Teile nach den einleitenden Titeln von den Gerichten und dem gerichtlichen Verfahren, im zweiten von Kontrakten und der Bauordnung, im dritten von Erbrecht und Vormundschaft handelt, worauf der vierte Teil das Kriminalrecht hinzufügt. Auch die Titelüberschriften sind mehrfach wörtlich der Nürnberger Reformation entnommen.[8]

Neben dieser Quelle wurden naturgemäß das ältere Stadtrecht und das unmittelbare römische Recht des corpus juris, das revidierte lübische Recht und das kursächsische Recht, welches in allen Ländern des sächsischen Rechts Verbreitung fand und als gemeines Sachsenrecht sich erhalten hat, als Rechtsquellen benutzt.[9]

Im Epilog zum Stadtrecht wurde das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle sowie als subsidiäres Recht ausdrücklich das römische Recht anerkannt, nicht aber auch wie in anderen benachbarten Rechtsgebieten das gemeine Sachsenrecht.

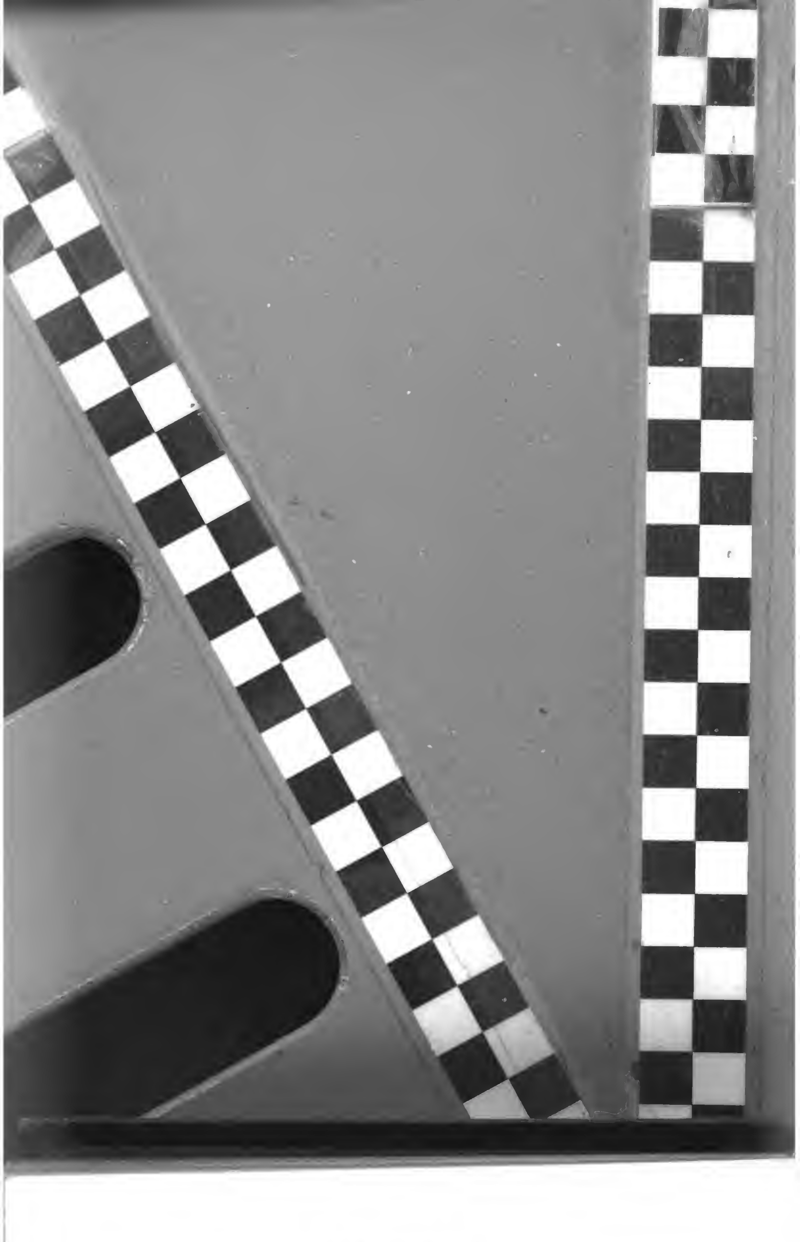
---

6) Solche Rezesse kamen zustande 1410, 1458, 1483, 1529, 1548, 1562, 1570 (Unions-Rezeß), 1579, 1582, 1603, 1618, 1633, 1657, 1663 (Wahl-Rezeß), 1674 (Windischgrätzer Rezeß), 1699, 1710—1712 (von der kaiserl. Kommission erlassene Unions-Rezesse sowie der sog. Hauptrezeß).

7) Dies ist geschehen z. B. hins. Stat. I 28 Art. 16, 17, 19, 21, 23, 24; I 29; II 1 Art. 1; II 2 Art. 1, 3, 5; II 3 Art. 1, 13—15 usw.

8) So namentlich bei Stat. I 28, 30, 41, 43; II 1, 2, 3, 5, 20; III 1.

9) Auch die Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V. und andere Reichsgesetze, das Hanseatische Seerecht von 1591 und die Antwerpener Wechselordnung von 1582 sind benutzt worden (Quellentafel, Einl. zur Ausgabe des Statuts von 1842 S. 39 ff.; Baumeister I S. 7).



Die Revision des Stadtrechts erfolgte im Verlauf weniger Monate,[10] am 10. Oktober 1603 erhielten „der Stadt Hamburg Statuten und Gerichtsordnung" die Genehmigung der Bürgerschaft. Doch schon im folgenden Jahre stellte sich die Übereilung dieser Arbeit heraus[11] und wurde eine neue Umarbeitung beschlossen, welche im Jahre 1605 beendet wurde. Als Publikationstermin ist aber derjenige von 1603 beibehalten worden, so daß das Statut als dasjenige von 1603 bezeichnet zu werden pflegt. Sechs Artikel des Statuts sind im Jahre 1618 geändert worden.

Dies Statut ist im wesentlichen die Grundlage des Hamburgischen Privatrechts während fast drei Jahrhunderten bis zum 1. Januar 1900 gewesen. Trotzdem es stark vom römischen Recht durchsetzt war, hat es namhafte Teile deutschen Rechts, insbesondere auf dem Gebiet des Immobiliar- und des Mobiliarsachenrechts sowie im ehelichen Güterrecht aufrechterhalten. Es steht unter den Stadtrechten seiner Zeit durch die Reichhaltigkeit seines Inhalts wie auch durch die systematische Anordnung ebenbürtig da. Doch konnte es den sich stets fortentwickelnden und verändernden Verhältnissen nicht gerecht werden, so daß, häufig ohne formelle Aufhebung einzelner Bestimmungen des Statuts, durch Erlaß neuer Gesetze einzelne Teile des Statuts nach und nach antiquiert wurden und außer Kraft traten.[12] Dazu kam, daß der Gerichtsgebrauch einen großen Einfluß auf die Rechtsentwicklung erlangte, so daß durch gerichtliche Präjudikate die Rechtsanwendung auf wichtigen Gebieten in eine bestimmte Richtung gelenkt wurde. Tatsächlich galt deshalb beim Inkrafttreten des B.G.B. nur noch ein verhältnismäßig kleiner Teil des Statuts.[13]

III. In privatrechtlicher Beziehung kommen von den nach dem Statut erlassenen Gesetzen vornehmlich folgende in Betracht:

---

10) Es ist charakteristisch, daß die bürgerlichen Deputierten anfangs für diese umfassende Arbeit nur eine Frist von höchstens 14 Tagen bewilligen wollten, welche schließlich auf 6 Monate erstreckt wurde (Baumeister 1 S. 5 Anm. 32).

11) Vgl. den Antrag des Rats vom 3. Mai 1604, in welchem ausgeführt wird: „Dieweil in Praxi und indem man sich darnach gerichtet, befunden, daß etliche Sachen noch wohl deutlicher zu setzen, als wie es dermahlen in der Eile geschehen."

12) Ausdrücklich aufgehoben sind Teile des Statuts z. B. durch die bei Anm. 14 und 15 erwähnten Gesetze.

13) Über den Umfang des damals noch geltenden statutarischen Rechts s. Wulff 1. Aufl. II S. 99—235.

1. Aus dem 17. Jahrhundert das Münzedikt vom 8. April 1622 (Wulff III S. 303), die Gerichts- und Banquerottirordnung von 1647 sowie Art. 67 des Windischgrätzer Rezesses vom 3. April 1674 (Wulff [1. Aufl.] II S. 251).

2. Aus dem 18. Jahrhundert die Wechselordnung von 1711, die Spielmandate von 1712 und 1721 (Wulff [1. Aufl.] II S. 257), der Hauptrezeß von 1712 (Wulff [1. Aufl.] II S. 257), der Stadt Hamburg Neue Fallitenordnung vom 31. Aug. 1753 (Wulff [1. Aufl.] II S. 263) und die Neue Verordnung für Schiffer und Schiffsvolk vom 23. März 1786 (Wulff [1. Aufl.] II S. 269).

3. Aus dem 19. Jahrhundert diejenigen Gesetze, welche während der französischen Okkupation das französische Recht in Hamburg einführten, aber, u. a. bez. des Privatrechts durch die Verordnung vom 28. Juli 1815 (Wulff [1. Aufl.] II S. 276), außer Kraft gesetzt wurden;

die Dienstboten- und Gesindeordnungen vom 25. Febr. 1837, 2. Dez. 1844, 7. Jan. 1846, 29. April 1881, 7. Dez. 1898 (Wulff [1. Aufl.] I S. 558; II S. 279, 282, 286; [2. Aufl.] III S. 52);

die Marktverordnung betr. Pferdekrankheiten vom 5. Juli 1837 (Wulff [1. Aufl.] II S. 280);

die Expropriationsgesetze vom 18. Dez. 1839, 9. Sept. 1842, 26. April 1844, 14. Juli 1879, 11. Mai 1883, 5. Mai 1886, 27. Sept. 1899 (Wulff II S. 497, 523);

die Verordnung in bezug auf die Einführung der Allgem. Deutschen Wechselordnung in Hamburg vom 5. März 1849 (Wulff III S. 162);

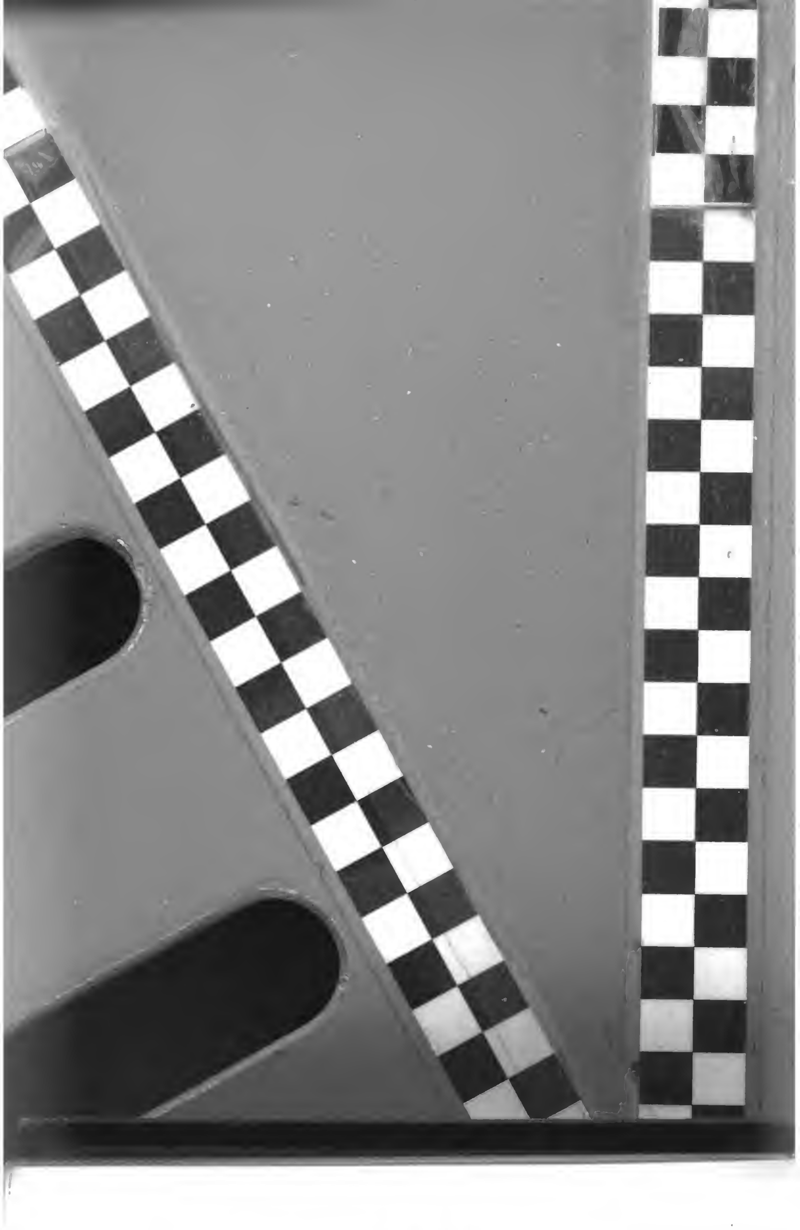
die Verordnung über die Aufhebung und Ablösbarkeit der in den Paragraphen 35 und 36 der Grundrechte des Deutschen Volkes erwähnten Abgaben und Leistungen vom 29. Juni 1849 (Wulff III S. 301);

die Jagdverordnung vom 3. Aug. 1849 (Wulff II S. 306), das Fischereigesetz vom 15. Juni 1887 (Wulff II S. 311);

die Vormundschaftsordnungen vom 11. Juli 1831, 7. Dez. 1837, 5. Juli 1844 und 14. Dez. 1883 (Wulff [1. Aufl.] II S. 349);

das Mandat in betreff der doppelten Familiennamen vom 16. Mai 1856 (Wulff III S. 122);

die Gesetze betr. Aufhebung einiger Beschränkungen der freien Verfügung auf den Todesfall vom 20. Febr. 1861, sowie betr. Aufhebung der statutarischen Vorschriften von Teilung der gemeinen und Erbgüter



vom 22. Okt. 1869 (Wulff [1. Aufl.] II S. 295, 327),[14] die Gesetze betr. Aufhebung einiger Beschränkungen der Handlungsfähigkeit u. w. d. a. vom 3. Juni 1870[15] und betr. Aufhebung der Vorkaufs-, Näher- und Retraktrechte vom 12. April 1871 (Wulff [1. Aufl.] II S. 327, 323);

das Gesetz betr. den Erwerb von Grundeigentum vom 20. März 1863 und betr. Grundeigentum und Hypotheken vom 4. Dez. 1868 (Wulff [1. Aufl.] II S. 295, 312)[16];

die Baupolizeigesetze vom 3. Juli 1865 und 23. Juni 1882 mit den dazugehörigen Novellen sowie dem Bebauungsplangesetz vom 30. Dez. 1892 (Wulff II S. 64 ff., 149);

das Gesetz betr. die Behandlung der Verlassenschaften vom 25. Dez. 1868 (Wulff [1. Aufl.] II S. 321);

das Gesetz betr. Aufhebung des Instituts der beeidigten Mäkler und Ernennung beeidigter Auktionatoren vom 20. Dez. 1871, die Mäklergebührentaxe vom 28. Dez. 1874[17] (Wulff I S. 348, 351), das Gesetz betr. Umwandlung der Hamburger Bankvaluta vom 11. November 1872 (Wulff III S. 308);

die Ausführungsverordnung zum Reichspersonenstandsgesetz vom 6. Dez. 1875 (Wulff III S. 245);

das Gesetz betr. das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtspflege vom 23. April 1879 (Wulff I S. 127);

die rev. Verordn. in betreff der Todeserklärungen verschollener Personen vom 14. Juli 1879 (Wulff [1. Aufl.] II S. 336); das Gesetz betr. Ausf. der Z.P.O. vom 14. Juli 1879 und der K.O. vom 25. Juli 1879, betr. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen vom 14. Juli 1879 und betr. die nichtstreitige Gerichtsbarkeit vom 25. Juli 1879 (Wulff [1. Aufl.] II S. 46, 339, 59; I S. 340);

das Gesetz betr. die Verpfändung von Schiffen vom 27. April 1885 (Wulff [1. Aufl.] II S. 380);

das Gesetz betr. Mietezahlung und deren Sicherung vom 16. Mai 1888 (Wulff [1. Aufl.] II S. 386; [2. Aufl.] III S. 50);

14) Diese Gesetze enthielten die Aufhebung der Beschränkungen durch das sog. Erbgüterrecht, welches den Verwandten den Übergang eines Teiles des Vermögens unbedingt sichern sollte; vgl. hierüber Baumeister II S. 294.

15) Hierdurch wurde die Geschlechtsvormundschaft für die Frauen beseitigt und die Beschränkung hinsichtlich der Interzessionen aufgehoben.

16) Ersteres enthielt Beschränkungen hinsichtlich des Grunderwerbs für Nichthamburger, letzteres die Grundlage für das Grundeigentums- und Hypothekenrecht bis zum 1. Jan. bezw. 1. Febr. 1900.

17) Dazu die Abänderung v. 10. Juli 1893.

die Leihhausordnung vom 29. Dez. 1882 und die Pfandleiherordnung vom 10. Dez. 1880 (Wulff I S. 291, 550);

das Gesetz betr. die Zwangserziehung verwahrloster jugendlicher Personen vom 6. April 1887 (Wulff III S. 123);[18]

das Gesetz betr. das Armenwesen vom 18. Mai 1892 und betr. die öffentliche Waisenpflege vom 8. Juli 1892 (Wulff II S. 437 ff.);[19]

das Gesetz betr. Feld- und Forstfrevel vom 12. Dez. 1898 (Wulff II S. 536);[20]

die Deichordnung für die Landherrschaften der Marschlande und Bergedorf vom 4. März 1889 (Wulff II S. 462).

4. Besonderer Hervorhebung bedarf das Gesetz vom 22. Dez. 1865 betr. Einführung des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs in Hamburg.[21]

Dies Gesetz beschränkt sich nämlich nicht nur auf die Einführung des Handelsgesetzbuchs, sondern enthält eine gründliche Revision wichtiger Teile des geltenden Obligationen- und Sachenrechts, in dem die Vorschriften des H.G.B. über die Handelsgeschäfte im allgemeinen, sowie über die Abschließung und Erfüllung der Handelsgeschäfte, abgesehen von einzelnen Bestimmungen, auf das ganze bürgerliche Recht ausgedehnt wurden.[22]

IV. Das Geltungsgebiet des früheren Rechts.

1. Das Statut von 1603 galt im ganzen Hamburgischen Staatsgebiet einschließlich des Amtes Ritzebüttel,[23] abgesehen von einzelnen Marschgemeinden und dem Amte Bergedorf.[24]

---

18) Jetzt kommt das Zwangserziehungsgesetz v. 11. Sept. 1907 (Amtsbl. 1907 S. 533) in Betracht, das am 1. Jan. 1908 in Kraft tritt.

19) Jetzt kommen das Armengesetz v. 11. Sept. 1907 und das Ges. betr. die öffentliche Fürsorge v. 11. Sept. 1907 in Betracht, welche am 1. Jan. 1908 in Kraft treten (Sen.Ver. v. 11. Sept. 1907). Vgl. Amtsbl. 1907 S. 539, 545, 556.

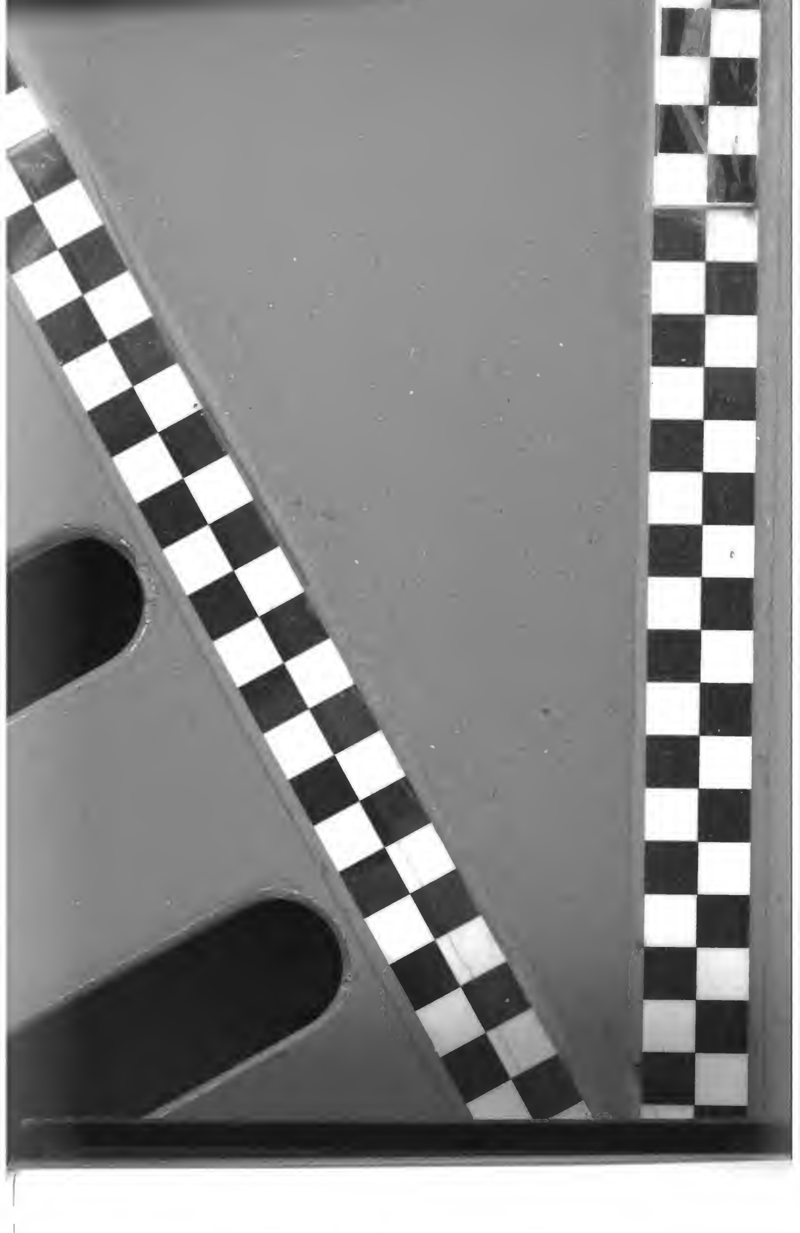
20) Das Gesetz enthält eine Reihe privatrechtlicher Bestimmungen. Vgl. unten §§ 57, 109.

21) Vgl. Wulff (1. Aufl.) II S. 298.

22) Vgl. § 30 des gen. Ges. Ausgedehnt werden dadurch die Art. 278 bis 336 des alten H.G.B., abgesehen von den Art. 282, 289—291, 297, 309 bis 312, welche nur für das Handelsrecht anwendbar erklärt wurden, sowie der Art. 292 und 323, bez. deren besondere Vorschriften (§§ 33, 36 des Ges.) gegeben wurden.

23) Vgl. die vom Rate, vermutlich 1656, erlassene Justiz- und Gerichtsordnung für das Amt Ritzebüttel: „Und weil eine Zeithero die Urteil, teils auf die benachbarten Landrechten, teils auf ungereimte Gewohnheiten begründet werden wollen, so sollen hinfüro alle solche Landrechte und Gewohnheiten in unserem Amtsgerichte gänzlich verboten sein, und allein nach Hamburgischen und gemeinen Rechten und redlichen Gewohnheiten gesprochen und geurteilet werden." Vgl. Westphalen, Hamb. Verf. und Verw. II S. 376; Beibl. 1888 Nr. 27.

24) Vgl. Baumeister I S. 14; Niemeyer S. 7. Über die Ges-



Dagegen erstreckte sich die Geltung der zur Fortbildung und Abänderung des Statuts erlassenen Gesetze nicht ohne weiteres auf das ganze Staatsgebiet, sondern vielfach nur auf die eigentliche Stadt Hamburg. So galt insbesondere die Neue Fallitenordnung von 1753 ursprünglich nur in der Stadt. Durch Rat- und Bürgerschluß vom 28. November 1799 wurde das Geltungsgebiet des Gesetzes auf die Vorstadt St. Georg samt dem Neuenwerk und dem Stadtdeich und auf die Vorstadt St. Pauli, durch § 16 des A.G. z. K.O. vom 25. Juli 1879 auf das ganze Staatsgebiet ausgedehnt.[25] Soweit aber die Gesetze irgendwelche Beschränkungen nicht enthalten, gelten sie für das ganze Staatsgebiet.[26]

2. In einem Teil des Landgebiets, hauptsächlich zur Marsch gehörig, galt das Landrecht. Dasselbe war im Jahre 1498 nur für Billwärder und den Ausschlag erlassen. Bei der Revision des Stadtrechts von 1603 wurde das Landrecht ebenfalls revidiert und ausgedehnt auf Ochsenwärder, Moorwärder, Finkenwärder, Moorburg, Tatenberg und Spadenland; später auch auf Hamm, Horn und Hammerbrook.[27] Durch das Gesetz vom 22. Juni 1894, durch welches eine Anzahl von Vororten mit der Stadt vereinigt wurde, wurde die Geltung des Landrechts für Hamm, Horn, Hammerbrook und Billwärder Ausschlag beseitigt und an dessen Stelle das Stadtrecht gesetzt.

Das Landrecht enthält im wesentlichen das Recht des Sachsenspiegels.[28] Subsidiär gilt beim Landrecht das Stadtrecht, dann das gemeine Recht.[29]

---

tung des Stadtrechts auf der 1768 an Hamburg gekommenen Veddel s. Beibl. 1886 Nr. 64.

25) Sehr verschieden ist das Nachbarrecht in den verschiedenen Gebietsteilen geregelt infolge des verschiedenen Geltungsgebiets der bezüglichen Bestimmungen der Baupolizeigesetze. S. § 80 I. Auch die Vormundschaftsordnungen vom 11. Juli 1831, 7. Dez. 1837 und 5. Juli 1844 galten nur für die innere Stadt, während diejenige v. 14. Dez. 1883 im ganzen Staatsgebiete galt. Weiter galt die Ablösungsverordnung v. 29. Juni 1849 nur für das Landgebiet mit Ausnahme des Amtes Ritzebüttel. Auch die früheren Dienstboten- und Gesindeordnungen galten nur in einzelnen Teilen des Staatsgebietes.

26) Vgl. Beibl. 1899 Nr. 70. Eine Beschränkung enthalten z. B. die Baupolizeigesetze, insbesondere auch dasjenige v. 23. Juni 1882, welches nur für den Bezirk der Stadt Hamburg gilt.

27) Vgl. Klefeker, Samml. Hamb. Ges. 11 S. 401. Das Landrecht ist abgedruckt ebenda S. 411 ff.; soweit es bis 1. Jan. 1900 noch in Kraft war, auch bei Wulff (1. Aufl.) I S. 243.

28) Vgl. Lappenberg, Rechtsaltertümer I S. 161. Einer der wesentlichsten Unterschiede zwischen dem Stadt- und dem Landrecht besteht

3. Durch den Vertrag zwischen Hamburg und Lübeck vom 8. August 1867 fielen mit dem 1. Januar 1868 Bergedorf, die Vierlande und Geesthacht, welche seit dem Perleberger Frieden von 1420 im beiderstädtischen Besitz gestanden hatten, an Hamburg. Dort hat weder das Stadtrecht noch das Landrecht gegolten, vielmehr galt in der Stadt Bergedorf das ältere lübische Recht,[30] in den Vierlanden und Geesthacht das gemeine Sachsenrecht, in diesem ganzen Gebiet subsidiär das gemeine Recht.[31]

Durch Gesetz vom 30. Dezember 1872[32] sind auf dieses Gebiet eine Reihe hamburgischer Gesetze[33] ausgedehnt worden, durch das Gesetz vom 25. Juli 1879 ist auf die nach dem 1. Oktober 1879 geschlossenen Ehen das statutarische eheliche Güterrecht übertragen worden. Mithin fällt seit diesem Tage das Geltungsgebiet des gesetzlichen hamburgischen Güterrechts mit dem Staatsgebiete zusammen.[34]

§ 3. Die Quellen des geltenden Landesprivatrechts.

I. Das bevorstehende Inkrafttreten des neuen Rechts stieß hiernach in Hamburg auf einen nichts weniger als klaren Rechtszustand. Das an den verschiedensten Enden beschnittene, überall durchlöcherte Statut von 1603, das vielfach bestrittene subsidiär geltende gemeine Recht, ferner eine große Anzahl von einzelnen Gesetzen, deren Verhältnis zum statutarischen und gemeinen Recht nicht immer feststand, dazu endlich ein in mannigfacher Hinsicht verschiedenes Recht innerhalb der verschiedenen Teile des an sich nicht großen Staatsgebietes, das

---

darin, daß ersteres (Art. 13 II 91) den Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete“ aufstellte, während nach dem Landrecht (Art. 60) „Kauf Miete bricht“ (Koop drift hure up). Ferner enthält das Landrecht eine Bestimmung (Art. 82) über das Anerbenrecht, die heute noch gilt. S. § 148.

29) Vgl. Klefeker 11 S. 400; Baumeister I S. 15.

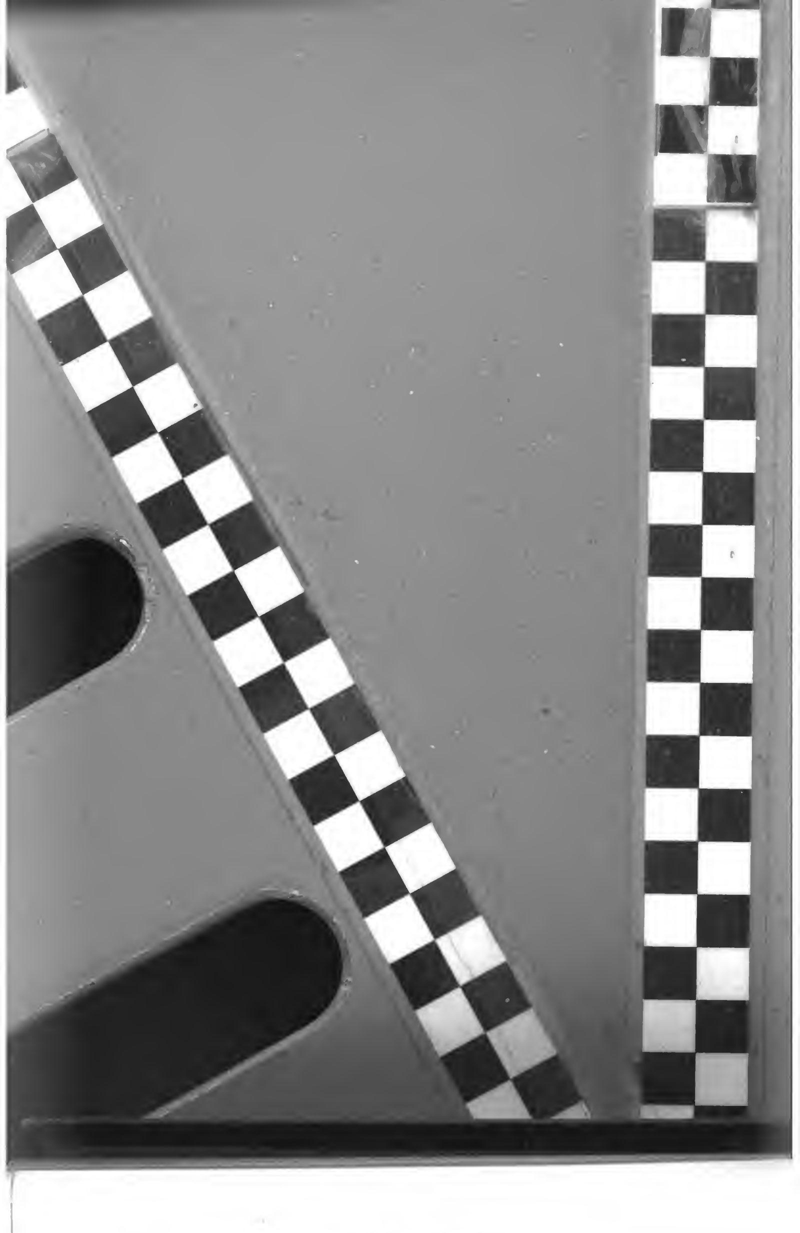
30) Bergedorf ist 1275 mit lübischem Recht bewidmet worden.

31) Vgl. Baumeister I S. 16; Niemeyer S. 7; Beibl. 1868 Nr. 99, 1874 Nr. 3, 1888 Nr. 56.

32) Die während des Provisoriums v. 1. Januar 1868 bis ebendahin 1873 für das Hamburgische Staatsgebiet erlassenen Gesetze gelten, soweit sie eine ausdrückliche Beschränkung nicht enthalten, auch für Bergedorf. Das gilt insbesondere auch für das Ges. v. 3. Juni 1870 betr. Aufhebung von Beschränkungen der weibl. Handlungsfähigkeit. Vgl. Beibl. 1899 Nr. 70. A. M. anscheinend Niemeyer S. 7.

33) Vgl. Wulff I S. 84. Zu den ausgedehnten Gesetzen gehören diejenigen über die Aufhebung der Beschränkungen bez. des Erbguts, über die Verjährung, ferner die Gesetze v. 4. Dez. 1868 betr. Grundeigentum und Hypotheken und v. 21. Dez. 1868 betr. die Behandlung von Verlassenschaften.

34) Vgl. hierzu § 31 Güterstandsges. (unten § 112 IV 2 e).



alles waren Momente, welche die Aufgabe, die das Reichsrecht an den Gesetzgeber des Hamburgischen Staates stellte, zu einer besonders schwierigen machten. Es galt, ohne große Erschütterungen und Schädigungen des Rechtsbewußtseins wie der materiellen Interessen der Bevölkerung den alten Rechtszustand in den neuen hinüberzuleiten. Dabei kam namentlich auch in Betracht, daß zwei der wichtigsten Rechtsgebiete, das des ehelichen Güterrechts und dasjenige des Hypothekenrechts, im neuen und im alten Recht diametral verschieden geregelt waren. Die Aufgabe, diese Überleitung in schonender Weise herzustellen, ist, wie jetzt festgestellt werden kann, dem Gesetzgeber gelungen.

II. Der Rahmen, innerhalb dessen die Hamburgische Gesetzgebung anläßlich des Inkrafttretens des B.G.B. tätig werden konnte und mußte, ergibt sich aus dem in § 1 Dargestellten.

1. Es mußten die erforderlichen Ausführungsvorschriften getroffen werden, um das Inkrafttreten des B.G.B. zu ermöglichen. Das ist in weitem Maße geschehen, insbesondere auch auf dem Gebiete des Immobiliensachenrechts.

2. Es konnten dem Landesrecht vorbehaltene Rechtsverhältnisse neu geregelt werden. Auch dies ist mehrfach geschehen, z. B. hinsichtlich des Deichrechts, des Hinterlegungswesens, des Erwerbs von Grundstücken durch Ausländer, des Unschädlichkeitszeugnisses usw.

3. Endlich waren die erforderlichen Übergangsbestimmungen zu treffen. In dieser Beziehung ist hervorzuheben die Regelung des ehelichen Güterrechts der sog. alten Ehen, diejenige der alten Hypothekenrechte, der alten Vereine und Stiftungen und der alten Nachlässe.

III. Diese Regelung ist in einer großen Anzahl von Gesetzen erfolgt, welche im Laufe des Jahres 1899 erlassen worden sind. Dieselben ordnen die Materien nicht unter Trennung der vorgenannten Gesichtspunkte, vielmehr enthalten sie durchweg eine Mischung von Bestimmungen verschiedenen Charakters.

1. Das wichtigste Gesetz ist das Gesetz vom 14. Juli 1899 betr. Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs.[1]

---

1) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 61, Wulff III S. 1.
Die Ausführungsgesetze sind in der Justizverwaltung unter Leitung des Senators Dr. Hertz von dem Rat Dr. Cohen und den zu diesem Zwecke einberufenen Landrichtern Kannengießer und Dr. Schaefer ausgearbeitet worden. Der Senat legte laut Mitteilung vom 9. Januar 1899 (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 5) der Bürgerschaft ein Konvolut von

a) Das Ausführungsgesetz schließt sich in der Anordnung an das Bürgerliche Gesetzbuch an, enthält aber, wie aus der Natur der Sache folgt, nur eine lose Aneinanderfügung von Vorschriften über einzelne Materien und Punkte. Es bringt durcheinander eingehende, teils dem Ausführungs- und Vorbehalts-, teils dem Übergangsrecht angehörende Vorschriften, und zwar im allgemeinen Teil über das Recht der Vereine und der Stiftungen (§§ 1—21), worauf eine Bestimmung über die gesetzlichen Feiertage (§ 22) und mehrere Einzelbestimmungen aus dem Recht der Schuldverhältnisse (§§ 23—27) folgen. Das Sachenrecht bringt Übergangsbestimmungen bez. der Grunddienstbarkeiten (§§ 44—46), Hypotheken und Renten (§§ 48—50), eigentliches Ausführungsrecht für die Aufnahme eines Verzeichnisses beim Nießbrauch- (§ 47) und Vorbehaltsrecht, bez. des Erwerbs von Grundeigentum durch Ausländer (§ 28), der Übertragung des Eigentums und der Bestellung von Grunddienstbarkeiten an nicht eingetragenen buchungs-

---

sechs mit eingehender Begründung versehenen Gesetzentwürfen vor, und zwar die Entwürfe eines Gesetzes betreffend Ausführung des B.G.B., eines Gesetzes betreffend den Güterstand der vor dem Inkrafttreten des B.G.B. geschlossenen Ehen, eines Gesetzes betr. die Vormundschaftsbehörde, eines Gesetzes betr. Ausführung der G.B.O., eines Gesetzes betr. Ausführung des Z.V.G. und einer Hinterlegungsordnung. Bevor diese Gesetzesentwürfe in der Bürgerschaft offiziell zur Beratung gestellt wurden, befaßten sich in einer freiwilligen Kommission unter Führung des Rechtsanwalts Dr. May die 26 Juristen der Bürgerschaft, u. z. die Oberlandesgerichtsräte Engel, Hansen, Löhmann, die Landgerichtsdirektoren Dr. Danzel, Dr. Goverts, Dr. Heinichen, Dr. Moller, der Oberamtsrichter Dr. Tesdorpf und der Amtsrichter Dr. Völckers, die Rechtsanwälte Berner, Dr. Brackenhöft, Dr Eddelbüttel, Kümpel, Dr. Mittelstraß, Dr. Mönckeberg, Dr. Müller, Dr. Niemeyer, Dr. Schmeißer, Dr. Schröder, Dr. Semler, Dr. Wex, Dr Wolffson, Wolfhagen, Dr. Zacharias und der Hausmakler Dr. Wentzel eingehend mit einer Prüfung der Vorlagen. Diese Kommission stellte dann eine Anzahl von Abänderungsanträgen, welche als Anträge Dr. May und Gen. mit den Gesetzentwürfen von der Bürgerschaft in den Sitzungen vom 27. und 31. Mai, sowie vom 3. Juni 1899 (Sten. Ber. der Bürg. 1899 S. 400, 417, 441) beraten und zum großen Teil angenommen wurden. Daß eine Begründung den zum Teil sehr weitgehenden Abänderungsanträgen nicht beigegeben worden ist, erschwert das Verständnis der betr. Bestimmungen nicht wenig, insbesondere auf dem Gebiet des Güterstandsgesetzes, welches in seinen Einzelheiten durch die Beschlüsse der Bürgerschaft gegenüber dem Senatsentwurf stark verändert worden ist. Der Senat erklärte sich in der Mitteilung vom 7. Juli 1899 (Verh. S. 917) im wesentlichen mit den Beschlüssen der Bürgerschaft einverstanden und beantragte nur bez. des Güterstandsgesetzes einige Änderungen, welche die Bürgerschaft in der Sitzung vom 12. Juli 1899 (Sten. Ber. 1899 S. 563) annahm. Die Gesetze sind dann sämtlich am 14. Juli 1899 publiziert worden.

Die übrigen Ausführungsgesetze sind der Bürgerschaft nach und nach im Laufe des Jahres 1899 vorgelegt und nach eingehender Ausschußberatung, über welche ein schriftlicher Bericht erstattet wurde, erledigt worden.

freien Grundstücken (§§ 29, 43), der im öffentlichen Interesse vorgeschriebenen Beschränkungen der Verfügung über Grundstücke (§§ 30—34), des Unschädlichkeitszeugnisses (§§ 35—42), sowie des Deichrechts (§§ 51—66). Die Vorschriften betr. das Familienrecht enthalten Ausführungsbestimmungen über die Eheschließung von Ausländern und Ausländerinnen (§ 67), die Namensführung (§ 68), die Errichtung einer besonderen Vormundschaftsbehörde (§ 70), die Anlegung von Mündelgeld (§§ 73, 74), die Vormundschaft der im Waisenhaus befindlichen Kinder (§ 75), den Gemeindewaisenrat (§ 77) und die Aufnahme gewisser Verzeichnisse (§ 76) und Übergangsbestimmungen (§§ 69, 71, 72). Das Erbrecht betreffen nur drei Ausführungs- (§§ 78—80), dagegen zahlreiche Übergangsbestimmungen (§§ 81—99), welche sich mit den älteren Nachlässen, insbesondere den Rechtsverhältnissen der dieselben verwaltenden Testamentsvollstrecker, beschäftigen.

b) Das Ausführungsgesetz ist am 1. Januar 1900 in Kraft getreten (§ 100).

Ausnahmsweise sind in Kraft getreten:

α) Am 14. Juli 1899 die Vorschriften über die Rechtsfähigkeit der alten Vereine (§ 5) und die Charakterisierung der alten Hypothekenposten als Pfandrechte (§ 48).[2]

β) Am 1. Februar 1900 als dem Tage, da das Grundbuch als angelegt angesehen wurde, die Bestimmungen über die Übertragung des Eigentums und den Erwerb von Grunddienstbarkeiten an nicht eingetragenen buchungsfreien Grundstücken (§§ 29, 43), über die Teilung von Grundstücken (§ 30), das Unschädlichkeitszeugnis (§§ 35—42) und über die Behandlung der alten Kapitalposten und Renten (§§ 49, 50).

c) Zum Ausführungsgesetz sind eine Reihe von Ergänzungsbestimmungen getroffen worden. Dazu gehören:

α) Das Gesetz vom 14. Juli 1899 betr. die Vormundschaftsbehörde,[3] welches Zusammensetzung, Zuständigkeit und Verfahren regelt, soweit dies nach dem Reichsrecht erforderlich und zulässig ist.

β) Die Verordnungen des Senats vom 1. Dezember 1899,[4] 22. Dezember 1899[5] und 1. März 1907, welche über einige Zuständigkeiten und die Anlegung von Mündelgeld bestimmen.

---

2) Vgl. hierzu § 104 III 2 a.
3) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 99; Wulff III S. 236. Über die Entstehung des Ges. s. Anm. 1.
4) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 192; Wulff III S. 87.
5) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 209; Wulff III S. 123.

2. Sodann kommt in Betracht das Gesetz vom 14. Juli 1899 betr. Ausführung der Grundbuchordnung.[6] Dasselbe enthält im wesentlichen Ausführungsbestimmungen. An die Annahme dieses Gesetzes knüpfte die Bürgerschaft den Wunsch, daß das Grundbuch nicht vor dem 1. Februar 1900 für angelegt erklärt werde, welchem Wunsche der Senat in der Verordnung vom 27. September 1899[7] nachkam.

Zur Ergänzung dieses Gesetzes sind erlassen worden die Verordnung des Senats vom 11. Dezember 1899 betr. das Grundbuchwesen,[8] welche eine Reihe einzelner Bestimmungen enthält, sowie die Geschäftsanweisung für die Grundbuchämter vom November 1899.[9]

Diese Vorschriften sind am 1. Februar 1900, mit welchem Tage das Grundbuch für angelegt erklärt worden ist, in Kraft getreten.

3. Ein reines Übergangsgesetz ist das Gesetz vom 14. Juli 1899 betr. den Güterstand der vor dem Inkrafttreten des B.G.B. geschlossenen Ehen.[10] Dasselbe führt grundsätzlich Vorschriften des neuen Rechts für die alten Ehen ein. Es leitet zunächst die Rechtsverhältnisse der bestehenden, dann diejenigen der am 1. Januar 1900 bereits aufgelösten Ehen, bez. deren eine fortgesetzte Gütergemeinschaft bestand, in das neue Recht über und trifft auch noch einige Vorschriften über die auswärts geschlossenen alten Ehen, die vor oder nach dem 1. Januar 1900 nach Hamburg verlegt worden sind oder werden.

4. Unmittelbar auf Grund des Reichsrechts sind erlassen worden die Senatsverordnung vom 20. Dezember 1899 betr. Fundsachen usw.[11] und die Verfügung vom 1. Januar 1900 betr. die Einrichtung und Führung des Vereins- und Güterrechtsregisters.[12]

5. Weitere Ausführungsvorschriften sind getroffen für das Handelsrecht in dem Gesetz vom 29. Dezember 1899 betr. Ausführung des Handelsgesetzbuchs.[13] Dieselben betreffen vornehmlich das Seerecht.

---

6) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 106; Wulff III S. 257. Über die Entstehung des Ges. s. Anm. 1.

7) Vgl. Sten. Ber. der Bürg. 1899 S. 563, sowie Ges.Samml. 1899 I S. 169; Wulff III S. 277.

8) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 193; Wulff III S. 277.

9) Vgl. Ges.Samml. 1899 II S. 105; Wulff III S. 280. Vgl. auch die Verf. vom 16. Januar 1900 betr. das Kassen- und Kostenwesen bei dem Grundbuchamt in Hamburg (Ges.Samml. II S. 96; Wulff III S. 386).

10) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 90; Wulff III S. 89. Über die Entstehung des Ges. s. Anm. 1.

11) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 205; Wulff III S. 86.

12) Vgl. Ges.Samml. 1899 II S. 1; Wulff III S. 251.

6. Eine größere Anzahl von Gesetzen betrifft die freiwillige Gerichtsbarkeit. Dazu gehören:

a) Das Hamburgische Gesetz vom 29. Dezember 1899 über Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit,[14] welches durchweg Ausführungsvorschriften enthält, sowie die Senatsverordnung vom 20. Februar 1901 betr. die Befugnis von Gemeindebeamten zur öffentlichen Beglaubigung.[15]

b) Die Hinterlegungsordnung vom 14. Juli 1899,[16] welche das Hinterlegungswesen eingehend regelt.

c) Das Gesetz betr. das Notariat und die Gebührenordnung für Notare vom 29. Dezember 1899.[17]

d) Das Hamburgische Gerichtskostengesetz vom 29. Dezember 1899,[18] welches die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit regelt, und das Gesetz vom 29. Dezember 1899 betr. die Kosten in Schiffsregistersachen.[19]

7. Ferner regelt eine Anzahl von Gesetzen Fragen der streitigen Gerichtsbarkeit. Dazu gehören:

a) Das Gesetz vom 22. Dezember 1899 betr. Ausführung

---

13) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 236; Wulff III S. 133. Dieser Gesetzentwurf wurde der Bürgerschaft am 22. Sept. 1899 (s. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 1033) vorgelegt und in einem Ausschuß beraten, über dessen Verhandlungen Dr. Wex (s. Ausschußber. 1899 Nr. 57) berichtete.

Auf Grund dieses Gesetzes ist die Löschverordnung v. 29. Dez. 1899 (Ges.Samml. 1899 II S. 205; Wulff III S. 146) erlassen worden.

14) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 238; Wulff III S. 217. Dieses Gesetz wurde von der Bürgerschaft gleichzeitig mit dem Ges. betr. das Notariat und der Geb.Ordn. für Notare in einem Ausschuß beraten, über dessen Verhandlungen Dr. Niemeyer (s. Ausschußber. 1899 Nr. 58) berichtete. Die Bürgerschaft erklärte diese drei Gesetze für ein einheitliches Ganzes und wollte an ihre Zustimmung zu den Gesetzen nur gebunden sein, falls der Senat allen drei zustimmte (s. Sten. Ber. 1899 S. 823). Den wichtigsten Punkt hatten die Verhandlungen über die Zuständigkeit zur öffentlichen Beurkundung und Beglaubigung gebildet. Die Bürgerschaft hat die Befugnis der Gerichte, solche Rechtshandlungen vorzunehmen, nach verschiedenen Richtungen erweitert. S. im einzelnen über diese Frage §§ 30, 31. Vgl. ferner Verf. v. 1. Jan. 1900 betr. Bekanntm. in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit (Ges.Samml. II S. 23; Wulff III S. 235).

15) Vgl. Ges.Samml. 1901 I S. 45; Wulff III S. 234. Zu dieser Verordnung sind mehrfach Ergänzungsverordnungen erlassen worden. S. hierüber § 31 II 4.

16) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 122; Wulff III S. 311. Über die Entstehung des Ges. s. Anm. 1.

17) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 246, 260; Wulff III S. 321, 369. Über die Entstehung dieser Gesetze s. Anm. 14.

18) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 270; Wulff III S. 335.

19) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 300; Wulff III S. 367.

der abgeänderten Zivilprozeßordnung,[20] welches sich insbesondere auf das Aufgebotsverfahren bezieht.

b) Das Gesetz vom 14. Juli 1899 betr. Ausführung des Reichsgesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung,[21] welches nur vereinzelte materiell-rechtliche, hauptsächlich aber Kostenvorschriften enthält, und das Gesetz vom 8. Dezember 1899,[22] nach welchem ersteres Gesetz, welches erst mit der Anlegung des Grundbuchs in Kraft treten sollte, hinsichtlich der Zwangsversteigerung von Schiffen am 1. Januar 1900 in Kraft getreten ist.

c) Das Gesetz vom 29. Dezember 1899 betr. das Gerichtsvollzieherwesen.[23]

8. Seit dem 1. Januar 1900 ist die Ausführung von Vorbehalten seitens der Hamburgischen Gesetzgebung erfolgt für die Eintragung von Staatsschuldverschreibungen in das Hamburgische Staatsschuldbuch durch das Gesetz vom 14. April 1902,[24] für das Jagdrecht, welches in dem Jagdgesetz vom 2. Januar 1903[25] erschöpfend geregelt worden ist, für das Bergrecht durch das Gesetz vom 25. Juni 1906 betr. die Gewinnung von Stein- und Kalisalzen,[26] für das Zwangserziehungsrecht, die Anstaltsvormundschaft usw., durch die Gesetze vom 11. September 1907 über die Zwangserziehung Minderjähriger,[26a] und vom 11. September 1907 über die öffentliche Fürsorge für Minderjährige,[26a] für den Rückgriff der Armenanstalt und das gesetzliche Erbrecht dieser Anstalt durch das Gesetz vom 11. September 1907 über das Armenwesen.[26a] Auch das Gesetz vom 11. September 1907 über die Oberaufsicht über milde Stiftungen enthält Bestimmungen zur Aus-

20) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 210; Wulff III S. 388.

21) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 115; Wulff III S. 392. Über die Entstehung des Ges. s. Anm. 1.

Hierzu vgl. auch die Verfügung v. 1. Januar 1900 betr. die Geschäftsführung und Vergütung der im Verfahren der Zwangsverwaltung bestellten Verwalter (Ges.Samml. 1900 II S. 17; Wulff III S. 407), sowie die Sen.-Ver. v. 15. Nov. 1905 (Ges.Samml. 1905 I S. 120).

22) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 193; Wulff III S. 406.

23) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 294; Wulff III S. 210. Vgl. hierzu ferner die Instruktion für das Gerichtsvollzieheramt zu Hamburg und die Gerichtsvollzieher in Ritzebüttel und Bergedorf (Ges.Samml. 1900 II S. 25; Wulff III S. 412).

24) Vgl. Ges.Samml. 1902 I S. 20; Wulff III S. 79.

25) Vgl. Ges.Samml. 1903 I S. 1; Wulff IV S. 298.

26) Vgl. Ges.Samml. 1906 I S. 69. Vgl. hierzu den Nachtrag dieses Werkes.

26a) Diese Gesetze treten am 1. Jan. 1908 in Kraft (Sen.Ver. vom 11. Sept. 1907; Amtsbl. 1907 S. 556).

führung des B.G.B. Einzelne Vorschriften privatrechtlichen Inhalts finden sich endlich in einer Reihe seither ergangener Gesetze und Verordnungen.[27]

IV. Die Hamburgische Gesetzgebung ist nicht dem Vorbild der Gesetzgebung anderer Bundesstaaten gefolgt, welche in ihren Ausführungsgesetzen einen förmlichen Katalog der aufgehobenen Gesetze aufstellen,[28] sondern überläßt die Entscheidung der Frage über die Aufhebung oder Weitergeltung der alten Vorschriften im ganzen der Auslegung. An und für sich ist die reichsrechtliche Zulässigkeit einer solchen Aufhebung von Gesetzen anzuerkennen.[29] Denn diese Landesgesetze verkennen nicht, daß die betreffenden Vorschriften durch das Reichsrecht von selbst außer Kraft gesetzt worden sind, sie wollen nur jeden Zweifel darüber beseitigen, daß die ganze landesrechtliche Vorschrift beseitigt und nicht etwa ein Teil derselben, als vom Reichsrecht nicht betroffen, in Kraft geblieben ist; sie haben also, soweit eine Vorschrift durch das Reichsrecht aufgehoben ist, wesentlich deklaratorische Bedeutung; dies ist aber auch nicht im strengen Sinn zu nehmen, da natürlich an sich dem Landesrecht keine Befugnis zusteht, zum Reichsrecht eine Deklaration zu geben. Soweit die Frage von Bedeutung ist, ob eine alte Vorschrift durch das Reichs- oder durch das Landesrecht aufgehoben worden ist, ist allerdings zu beachten, daß das Reichsrecht vorgeht und die Aufhebung der alten Vorschrift tatsächlich durch das Reichsrecht und nicht durch das die Aufhebung aussprechende Landesrecht erfolgt ist.

Gegen ein solches Vorgehen der Landesgesetzgebung läßt sich das praktische Bedenken geltend machen, daß gar leicht eine durch das Reichsrecht aufgehobene Vorschrift übersehen werden kann und dann erst recht Zweifel entstehen, ob die Vorschrift aufgehoben oder bestehen geblieben ist.

Was die Hamburgischen Rechtsvorschriften aus früherer Zeit betrifft, so läßt sich im wesentlichen folgendes feststellen:

---

27) Z. B. in dem Gesetz v. 11. Dez. 1903 betr. die Fürsorge für die Witwen und Waisen der Hamburgischen Staatsbeamten (§ 10), in den Vorschriften v. 23. März 1903 für den Geschäftsbetrieb der Stellenvermittler für Schiffsleute (§§ 11, 14), in der Dienstmannsordnung v. 12. März 1905 (§§ 2, 9), in der Fremdenführerordnung v. 19. Mai 1905 (§ 6), auch in mehreren Steuergesetzen.

28) So hat z. B. Preußen in § 89 des A.G. z. B.G.B. v. 20. Sept. 1899 31, Bremen in § 67 des A.G. z. B.G.B. v. 18. Juli 1899 30, Lübeck in §§ 172, 173 des A.G. z. B.G.B. v. 30. Okt. 1899 44, Elsaß-Lothringen in einem besonderen Gesetze v. 29. Nov. 1899 nicht weniger als 138 Gesetze für außer Kraft gesetzt erklärt.

29) So auch Kisch S. 14; Dorner-Seng S. 9; a. M. Laband, Staatsrecht 4. Aufl. II S. 106 b und die dort angef. Schriftsteller.

1. Formell aufgehoben sind durch die Ausführungsgesetzgebung folgende Gesetze:

a) Das Gesetz betr. den Erwerb von Grundeigentum vom 20. März 1863.[30]

b) Das Einführungsgesetz zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche vom 22. Dezember 1865.[31]

c) Das Gesetz betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen und gerichtliche Verkäufe vom 14. Juli 1879 mit seinen späteren Abänderungen und Ergänzungen.[32]

d) Das Gesetz betr. die Ausführung der Zivilprozeßordnung vom 14. Juli 1879.[33]

e) Die revidierte Verordnung in betreff der Todeserklärungen verschollener Personen vom 14. Juli 1879.[33]

f) Das Gesetz betr. Mortifikation Hamburgischer Staatsschuld-Dokumente auf Inhaber vom 14. Juli 1879.[33]

g) Das Gesetz betr. Ausführung des Gerichtskostengesetzes und die Gebührenordnungen für Zeugen und Sachverständige vom 14. Juli 1879.[34]

h) Das Gesetz betr. die nichtstreitige Gerichtsbarkeit vom 25. Juli 1879[35] mit seinen Abänderungen und Ergänzungen.

i) Das Gesetz betr. die Zwangsvollstreckung aus den Urkunden der Vormundschaftsbehörden vom 13. Februar 1880.[36]

k) Das Gesetz betr. das Gerichtsvollzieherwesen vom 28. Juni 1882.[37]

l) Die Notariatsordnung und die Gebührentaxe für Notare vom 29. Juni 1883.[38]

---

30) Durch § 28 A.G. z. B.G.B.

31) Durch § 10 A.G. z. H.G.B. v. 29. Dez. 1899.

32) Durch § 27 A.G. z. Z.V.G. Die Abänderungen und Ergänzungen datieren vom 20. Febr. 1885, 15. Juli 1885, 15. Juni 1895, 4. Jan. 1897.

33) Durch § 9 Ges. v. 22. Dez. 1899 betr. Ausf. der abgeänd. Z.P.O.

34) Durch § 106 Hamb. Gerichtskostenges. v. 29. Dez. 1899, Einl. z. Ges. betr. das Gerichtsvollzieherwesen v. 29. Dez. 1899 und § 27 A.G. z. Z.V.G.

35) Durch § 35 Hamb. F.G.G., § 3 des Ges. außerdem noch durch § 99 A.G. z. B.G.B.

36) Durch § 35 Hamb. F.G.G.

37) Durch die Einl. z. Ges. betr. das Gerichtsvollzieherwesen v. 29. Dez. 1899.

38) Durch § 44 des Ges. betr. d. Notariat und § 31 Geb.Ordn. für Not. v. 29. Dez. 1899.

m) Die Vormundschaftsordnung vom 14. Dezember 1883 nebst deren Abänderungen.[39]

2. Sodann aber müssen, abgesehen von den gemeinrechtlichen Bestimmungen, welche im einzelnen nicht aufgezählt werden können, als aufgehoben gelten vor allem:

a) Das Statut von 1603, von welchem nur noch vereinzelte Bestimmungen in Kraft geblieben sind.[40]

b) Das Landrecht von 1603.[41]

c) Das Gesetz betr. Grundeigentum und Hypotheken vom 4. Dezember 1868.[42]

d) Das Gesetz betr. die Verlassenschaften vom 25. Dezember 1868.[43]

e) Das A.G. zur Konkursordnung vom 25. Juli 1879 und die dadurch aufrechterhaltenen Bestimmungen der Neuen Fallitenordnung.[44]

f) Das Gesetz betr. die Verpfändung von Schiffen vom 27. April 1885.

g) Das Gesetz betr. Mietezahlung und deren Sicherung vom 16. Mai 1888.[45]

3. Eine Anzahl älterer Gesetze, welche freilich vielfach auch öffentliches Recht enthalten und daher vom B.G.B. nicht berührt sind, ist infolge der Vorbehalte des Reichsrechts zugunsten des Landesrechts, auch soweit ihre Bestimmungen rein privatrechtlicher Natur sind, ganz oder teilweise in Kraft geblieben. Dazu gehören außer einzelnen gemeinrechtlichen Vorschriften, welche an den betreffenden

---

39) Durch § 69 A.G. z. B.G.B. Die Abänderungen datieren v. 4. Mai 1887, 23. Dez. 1889, 4. April 1892.

40) Nämlich Art. 2 Stat. I, 21 bez. der Verjährung von Forderungen des Fiskus und anderer öffentlichrechtlicher Korporationen (s. § 35 II 1) und Art. 17 Stat. III, 3 bez. des Erbrechts des Waisenhauses (s. § 143 II 1).

41) Von demselben dürfte nur noch Art. 82 bez. des Anerbenrechts in Geltung stehen (s. § 148). Art. 63, welcher eine nachbarrechtliche Vorschrift enthält, dürfte durch Gewohnheitsrecht schon länger außer Kraft gesetzt sein, da er den Bewohnern der fraglichen Gegend unbekannt ist (s. Wulff III S. 131 Anm. 5).

42) § 10 dieses Ges. ist durch § 34 A.G. z. B.G.B. ausdrücklich aufgehoben, doch ist auch der Rest des Gesetzes durch das Reichsrecht und die Ausführungsgesetzgebung beseitigt. Für die aus dem alten Recht überkommenen Hypotheken ist § 33 des Ges. durch § 48 A.G. z. B.G.B. ausdrücklich aufrechterhalten worden.

43) Die §§ 22—24 über die Erhebung der Erbschaftsabgabe sind ausdrücklich durch § 27 des Erbschaftssteuerges. v. 4. März 1903 aufgehoben.

44) In § 12 Güterstandsgesetz sind zwei Bestimmungen dieses Gesetzes aufgenommen und dadurch materiell für die alten Ehen erhalten geblieben.

45) Von diesem Ges. dürfte nur noch der dem öffentlichen Recht angehörende § 8 in Kraft stehen. S. § 42.

Stellen erwähnt werden, besonders:[46] Die Einführungsverordnung zur Wechselordnung vom 5. März 1849, das Münzedikt von 1622, die Ablösungsverordnung vom 29. Juni 1849, das Gesetz betr. das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtspflege vom 23. April 1879, das Gesetz betr. die Deichverhältnisse der Stadtmarsch vom 18. September 1885, die Deichordnung vom 4. März 1889, das Expropriationsgesetz vom 5. Mai 1886, das Fischereigesetz vom 15. Juni 1887, die Pfandleiherordnung vom 10. Dezember 1880, die Leihhausordnung vom 29. Dezember 1882, die inzwischen aber aufgehobenen Gesetze betr. das Armenwesen vom 18. Mai 1892 und die öffentliche Waisenpflege vom 8. Juli 1892,[47] die privatrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes betr. Forst- und Feldfrevel vom 12. Dezember 1898, die Dienstbotenordnung vom 7. Dezember 1898, ein Teil der privatrechtlichen Vorschriften der Baugesetzgebung[48] usw.[49]

§ 4. Auslegung und Literatur des Landesrechts.

I. Die Auslegung der Gesetze bedeutet die Feststellung und Entwicklung des Gesetzesinhalts. Sie gibt dem Gesetzestext erst die Bedeutung für das praktische Leben.

Für die Auslegung des Landesrechts bestehen keine besonderen Vorschriften, es gelten die allgemeinen Auslegungsregeln, wie sie auch für das Reichsrecht[1] zur Anwendung kommen. Immerhin sind bei dem verschiedenen Charakter der verschiedenen Landesgesetze gewisse Grundsätze hervorzuheben.

1. Zunächst ist zu unterscheiden zwischen den älteren Gesetzen und denjenigen, welche aus der Zeit stammen, da das B.G.B. bereits fertiggestellt war und vor dem Inkrafttreten stand.

a) Die älteren Hamburgischen Gesetze, z. B. das Münzedikt von 1622, aber auch noch das Expropriationsgesetz vom 5. Mai 1886 schließen sich in der Ausdrucksweise vielfach an die romanisierende Sprache des Statuts von 1603 an.

α) Diese Gesetze sind wie alle Gesetze nach dem Geist ihrer Entstehungszeit auszulegen. Insbesondere dürfen die Begriffe

46) Die Stellen, an denen diese Gesetze bei Wulff abgedruckt sind, sind im § 2 unter III 3 angegeben.

47) § 3 dieses Ges. ist durch § 75 A.G. z. B.G.B. geändert worden.

48) Vgl. hierüber §§ 76 ff.

49) Einzelne privatrechtliche Vorschriften anderer älterer Gesetze werden bei den betreffenden Materien erwähnt und erörtert werden.

1) Vgl. Dernburg I S. 13; Crome, System I S. 93.



des heutigen Rechts nicht ohne weiteres dem gleichlautenden des früheren Rechts substituiert werden.[2] Soweit aber die alten Gesetze an rechtliche Tatbestände, die sich unter dem neuen Recht verwirklichen, Rechtsfolgen knüpfen, wie z. B. das Immobilienabgabegesetz an die Umschreibung auf sämtliche Intestaterben (§ 5), ist der Tatbestand, hier das gesetzliche Erbrecht, nach dem neuen Recht zu qualifizieren.

Vielfach enthalten die früheren Gesetze Ausdrücke, welche das neue Recht nicht mehr kennt, z. B. Belehnung,[3] Pfandsetzer,[3] Priorität,[4] Beschwerung,[4] Prosequent usw. Dann ist die Übertragung in das neue Recht mit besonderer Vorsicht vorzunehmen.

β) Gelegentlich der Ausführungsgesetzgebung sind einzelne Bestimmungen des alten Rechts aufgehoben und in die neuen Gesetze aufgenommen worden.[5] Dabei sind die alten Vorschriften im Sinne des neuen Rechts umgewandelt und mit der Sprache des neuen Rechts in Einklang gebracht worden. Immerhin ist bei der Auslegung zu beachten, daß nach der Absicht des Gesetzgebers materiell der alte Rechtszustand möglichst hat erhalten bleiben sollen, so daß im Zweifel auf dieses Recht zurückzugreifen und die neue Vorschrift unter Hinzuziehung des alten Rechts auszulegen ist.

b) Die Ausführungsgesetze und die neuesten Hamburgischen Gesetze[6] schließen sich nicht nur im Inhalt, sondern auch in der Fassung durchweg an das neue Recht an. Die Ausdrücke sind dabei in dem gleichen Sinne gebraucht, wie im neuen Recht. Auch in dem Güterstandsgesetz hat man sich bestrebt, die Rechtsverhältnisse des alten Rechts in die Ausdrucksweise des neuen Rechts zu übertragen.[7]

---

2) Dies ist besonders zu beachten für den Ausdruck „Rente", welcher im alten Recht vielfach etwas ganz anderes bedeutet als im B.G.B., ferner ist z. B. unter „Miteigentümer" im Sinne des § 6 des Ges. betr. die Immobil.-Abg. v. 1. März 1882 nicht nur der Miteigentümer im Sinne der §§ 1008 ff. B.G.B., sondern auch der Gesamthänder zu verstehen.

3) Vgl. Leihhausordn. v. 29. Dez. 1882.

4) Vgl. Expropriationsges. v. 5. Mai 1886.

5) Z. B. das Ges. v. 20 März 1863 in § 28 A.G. z. B.G.B., §§ 1 und 7 Ziff. 1 A.G. z. K.O. v. 25. Juli 1879 in § 12 Güterstandsges., § 3 Ges. betr. die nichtstreitige Gerichtsbarkeit v. 25. Juli 1879 in §§ 8 ff., 82 ff. A.G. z. B.G.B., § 10 Ges. v. 4. Dez. 1868 in § 32 A.A. z. B.G.B. usw. Im Güterstandsgesetz ist dieser Fall mehrfach praktisch.

6) Z. B. die Dienstbotenordnung v. 7. Dez. 1898, das Jagdgesetz vom 2. Jan. 1903, das Ges. betr. das Hamb. Schuldbuch v. 14. April 1902.

7) Dies zeigt sich z. B. in dem § 16 dieses Ges., wo die „Abteilung vom Mütterlichen" neu geregelt worden ist. — Eine eigenartige Rechtslage ist dabei infolge eines Druckfehlers eingetreten. Im Anschluß an § 1366 B.G.B. hat man als Vorbehaltsgut der Frau auch bei den alten Ehen die zum „persönlichen"

Bei der Auslegung dieses Gesetzes, durch welches man auch sachlich die Vorschriften des neuen Rechts sofort auf die alten Verhältnisse zur Anwendung bringen wollte, wird man sich an das neue Recht anzuschließen haben, soweit nicht alte Rechtseinrichtungen aufrecht erhalten werden sollten.

2. Hervorzuheben ist weiter, daß Rechtsvorschriften, welche zur Ausführung anderer Rechtsnormen, sei es in Gesetzen oder in Verordnungen getroffen worden sind, im Sinne des Hauptgesetzes, zu dessen Ausführung sie dienen, auszulegen sind. Dies gilt insbesondere für die Ausführungsgesetze im Verhältnis zum Reichsrecht, wie für die Senatsverordnungen im Verhältnis zu den gesetzlichen Vorschriften des Landesrechts, auf denen sie beruhen.[8]

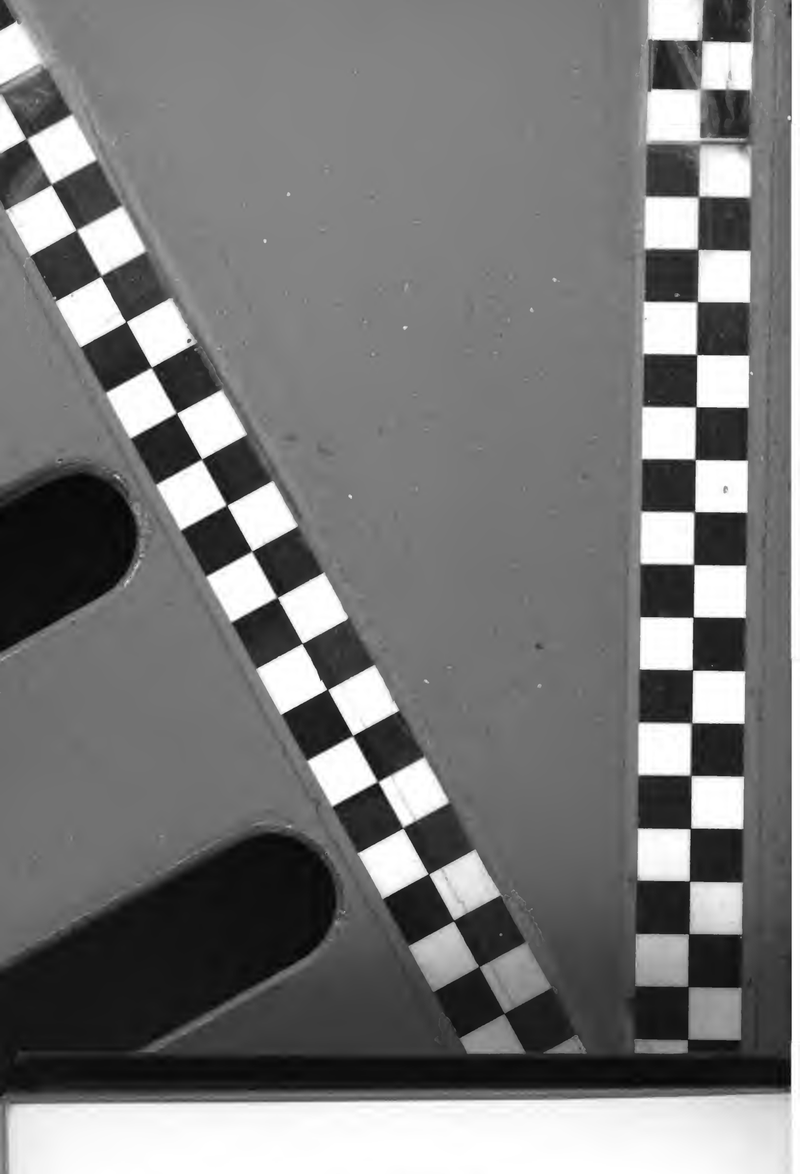
II. Ein wesentliches Hilfsmittel für die Auslegung des neueren Landesrechts bilden die gesetzgeberischen Materialien. Bei den älteren Gesetzen, so noch beim sog. Verhältnisgesetz, sind die Materialien meist recht dürftig, dagegen werden die Gesetzentwürfe vom Senat neuerdings mit ausführlicher Begründung versehen, auch liegen Ausschußberichte und stenographische Berichte über die Plenarverhandlungen der Bürgerschaft vor. Dies ist auch bei den Ausführungsgesetzen zum neuen Recht der Fall, doch fehlt, wie schon oben hervorgehoben,[9] bei den hauptsächlichsten Gesetzen ein Ausschußbericht, so daß das Verständnis mancher Änderung, die von der Bürgerschaft vorgeschlagen worden ist, sehr erschwert wird.

Die Ansichten über die Bedeutung solcher Gesetzgebungsmaterialien für die Auslegung des Gesetzes gehen stark auseinander. Selbstverständlich enthalten die Materialien keine authentische Interpretation des Gesetzes, aber sie sind auch für die Auslegung nicht wertlos. Denn die

Gebrauch der Frau bestimmten Sachen erklärt. So hatte die Bürgerschaft beschlossen, im Amtsblatt wurde jedoch statt „persönlichen" „gewöhnlichen" publiziert. Da aber der beschlossene und nicht der publizierte Text gilt, so besteht tatsächlich die Fassung „persönlichen" als Gesetz (vgl. Beibl. 1903 Nr. 12). In der preuß. Verordnung v. 20. Dez. 1899 Art. 18 betr. die Hamburgischen Ehen befindet sich ebenfalls der Ausdruck „persönlichen". Dort ist er aber nicht aus Versehen, sondern absichtlich aufgenommen worden, so daß er auch entscheidend ist.

8) Ein ganz besonderes Verhältnis besteht bez. der Ablösungsver. vom 29. Juni 1849, welche zur Ausführung des § 35 der Grundrechte des Deutschen Volkes erlassen worden ist. Nachdem die letzteren aufgehoben worden sind, ist die Verordnung aus sich selbst und nicht mehr aus dem § 35 der Grundrechte auszulegen (vgl. Beibl. 1882 Nr. 42).

9) Vgl. § 3 Anm. 1.



Begründung des Senatsentwurfs und der Ausschußbericht der Bürgerschaft enthalten wenigstens die Ansicht eines derjenigen Faktoren, welche in maßgebender Stellung an der Herstellung des Gesetzes mitgearbeitet haben. Wenn man nun auch häufig nicht weiß, wie weit die anderen Faktoren sich diese Argumente zu eigen gemacht haben, so lassen die Materialien doch oft den Gedankengang erkennen, welcher zu dem Entwurf einer Bestimmung geführt hat. Am wenigsten Bedeutung für die Auslegung haben die stenographischen Berichte über die Bürgerschaftsverhandlungen, weil sie immer nur die Ansichten einzelner Mitglieder der Bürgerschaft wiedergeben. Je weniger Veränderungen die Bestimmung im Lauf der Verhandlungen unterworfen worden ist, desto wertvoller erweist sich die Begründung für die Auslegung. Keinesfalls darf man aber aus der Begründung etwas in das Gesetz hineintragen, was nach seinem Wortlaute in demselben nicht enthalten ist.

Demnach sind die Materialien bei der Auslegung der Gesetze heranzuziehen, aber mit einer gewissen Vorsicht zu benutzen.[10]

III. Die Literatur.

1. Die Literatur des früheren Rechts.

a) Systeme des Privatrechts.

Die Literatur des früheren Rechts erreichte ihren Höhepunkt in dem 1856 erschienenen „Privatrecht der freien und Hansestadt Hamburg“[11] von Hermann Baumeister, welches von da ab bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts die Theorie und Praxis des Hamburger Privatrechts stark beherrschte und welches der bekannte Germanist Wilhelm Eduard Albrecht in seinen Vorlesungen als die beste systematische Bearbeitung eines deutschen Partikularrechtes, die wir besäßen, zu bezeichnen pflegte. Dieses Werk orientiert zugleich ausführlich über die Literatur der älteren Zeit, so daß an dieser Stelle hierauf zu verweisen ist.[12]

Ferner ist zu erwähnen die Darstellung des Hamburger Privat-

10) Vgl. Dernburg I S. 20; Crome, System I S. 101.

11) Vgl. Worte der Erinnerung an Hermann Baumeister, Ansprache, gehalten am 11. Januar 1906 von Dr. G. Embden S. 3.

12) Vgl. I S. 16 ff. Besondere Bedeutung für die Auslegung des alten Rechts dürften behalten: Gries, Kommentar zum Hamb. Stadtrecht von 1603, herausgegeben von N. A. Westphalen und A. Heise und F. Cropp, Juristische Abhandlungen mit Entscheidungen des Ober-Apellationsgerichts.

rechts in den ersten Ausgaben der Holzendorffschen Enzyklopädie von Dr. Martin.

Kurz vor dem Inkrafttreten des B.G.B. hat es Dr. L. Niemeyer nochmals unternommen, das geltende Hamburger Privatrecht systematisch zusammenzustellen (1893—1898).

b) Systeme des öffentlichen Rechts. Als solche dürften in Betracht kommen:

α) Westphalen, Hamburgs Verfassung und Verwaltung. 1841.

β) Wolffson, Das Staatsrecht der freien und Hansestadt Hamburg. 1884.

γ) W. von Melle, Das Hamburgische Staatsrecht. 1891.

δ) G. Seelig, Hamburgisches Staatsrecht auf geschichtlicher Grundlage. 1902.

c) Einzelarbeiten auf dem Gebiet des Privatrechts.

α) Hier ist zunächst als nach seinem Privatrecht erschienen zu vermerken:

Baumeister, Die Mündigkeit unserer Jungfrauen und Witwen. 1862.

β) Als sehr wertvoll für die Anwendung und Auslegung einzelner Materien des Privatrechts haben sich die Werke von Dr. M. Mittelstein erwiesen und zwar betr.

die Einkindschaft nach Hamburgischem Recht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts, 1886;

das Hamburgische Gesetz betr. Grundeigentum und Hypotheken nebst verwandten Gesetzen und Verordnungen, 2. Aufl., 1894;

das Hamburgische Gesetz betr. Mietezahlung und deren Sicherung vom 16. Mai 1888. 1888.

γ) Weiter ist hervorzuheben:

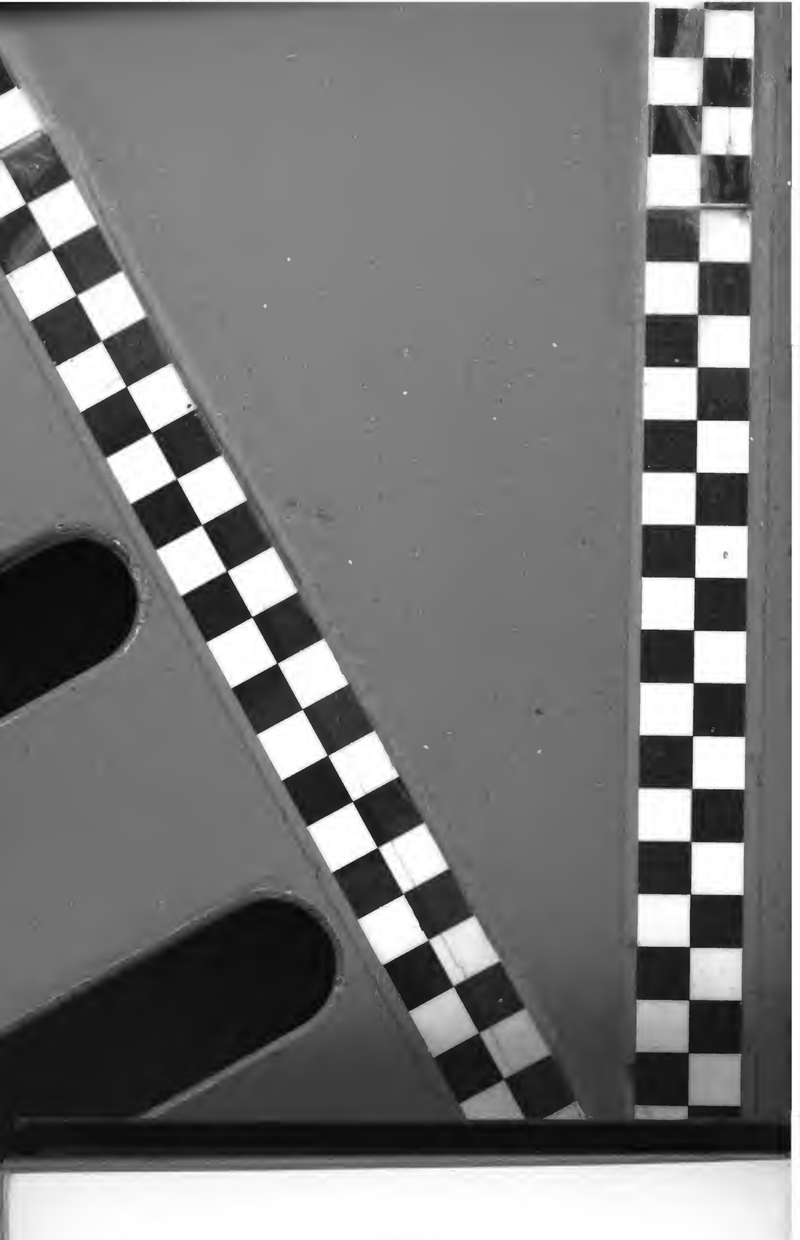
Dr. Ritter, Die Rechtssubjektivität des Hamburgischen Testaments und die Zuschreibung auf Testamentsnamen. 1888.

δ) Ferner kommen in Betracht von Dr. J. Goldfeld:

Über das Hamburgische Güterrecht. 1888

und

Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht. 1893.



ε) Endlich sind hervorzuheben:

Francke, Die Hamburger Dienstbotenordnung. 1899

und

Nöpke, Die Hamburgische Dienstbotenordnung. 1899.[13]

2. Die Literatur des neuen Rechts ist in Hamburg bisher noch nicht stark entwickelt. Einige Abhandlungen, welche de lege ferenda hinsichtlich der Überleitung des alten Hypotheken- und ehelichen Güterrechts erschienen sind, werden an den betreffenden Stellen erwähnt werden.[14]

Hier ist nur hervorzuheben:

Dr. C. Melchior, Die Hamburgischen Ausführungsgesetze auf dem Gebiete des Grundbuchrechts, 1902, womit ein eingehender Kommentar dieser Gesetze verbunden ist.[15]

3. Was die Ausgaben und Sammlungen[16] von Gesetzen und Verordnungen betrifft, so sind, abgesehen von der „Gesetzsammlung der freien und Hansestadt Hamburg", deren 43. Band 1906 erschienen ist und welche vier Abteilungen (Erlasse des Senats, Bekanntmachungen einzelner Behörden, Bekanntmachungen betr. Zollangelegenheiten und Bekanntmachungen betr. kirchliche Angelegenheiten) enthält, sowie dem „Amtsblatt der freien und Hansestadt Hamburg"[17] zu nennen:

a) Das Hamburger Handelsarchiv, Sammlung der auf Schiffahrt und Handel bezüglichen Hamburgischen Verträge, Verord-

---

13) Bez. der Entwürfe s. auch Brackenhoeft, Der Entwurf einer Dienstbotenordnung für Hamburg 1888 und ders., Polizei und Reichsrecht in Gesindestreitigkeiten 1898.

14) Vgl. §§ 104 Anm. 7, 112 Anm. 4.

15) Auch der Kommentar desselben Verf. zur R.G.B.O. enthält manche Verweisungen auf das Hamburgische Recht.

16) Die Mandate von 1765—1774 enthält die Sammlung von Blank. Sodann schließt sich von 1774—1810 und von 1814—1826 die neue Sammlung der Verordnungen der freien Hansestadt Hamburg von C. D. Anderson, von 1826 bis einschl. 1865 diejenige von F. M. Lappenberg an. Seit 1866 erscheint die offizielle Gesetzsammlung, welche zuerst nur zwei Abteilungen hatte; 1868 trat die dritte, 1876 die vierte Abteilung hinzu. Staatsrechtliche Bedeutung hat die Veröffentlichung in der Gesetzsammlung nicht, sondern nur diejenige im Amtsblatt.

17) Das Amtsblatt erscheint seit dem 1. Januar 1887, während früher, und zwar seit dem 1. Febr. 1852, die amtlichen Bekanntmachungen als besonderer Teil des Hamburgischen Korrespondenten erschienen. Vorher bestand ein amtliches Publikationsorgan überhaupt nicht. Das Amtsblatt zerfällt in ein Hauptblatt, welches die Bekanntmachungen von dauerndem Werte enthält, die auch in die Gesetzsammlung aufgenommen werden, während das Beiblatt, der „öffentliche Anzeiger" alle Bekanntmachungen von vorübergehender Bedeutung und die amtlichen Inserate enthält (vgl. Sen.Ver. v. 15. Dez. 1886).

nungen und Bekanntmachungen (20 Bände), welches die Jahre 1857 bis 1887 umfaßt.

b) Die systematisch geordnete Zusammenstellung Hamburgischer Gesetze und Verordnungen, herausgegeben von Dr. A. Wulff, zweite Auflage, bearbeitet von Ed. Kannengießer, Dr. M. Leo, Dr. A. Nöldeke und Dr. A. Wulff, erschienen in 4 Bänden von 1902 bis 1905; der dritte Band enthält vornehmlich die das Privatrecht betreffenden Hamburgischen Gesetze mit teilweise eingehendem Kommentar.

c) Die Sammlung Hamburgischer Ausführungsgesetze und Verordnungen mit Anmerkungen von Dr. W. Bitter (1900).

4. Die älteren Zeitschriften und Sammlungen von Rechtsfällen sind bei Baumeister[18] erwähnt und kann darauf verwiesen werden.

a) Die dort erwähnte Sammlung der Erkenntnisse und Entscheidungsgründe des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck in Hamburger Sachen ist auf 7 Bände angewachsen, die die Jahre 1843—1863 enthalten.

b) Hieran schließt sich die Kierulffsche Sammlung der Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts zu Lübeck an, welche ebenfalls 7 Bände von 1865—1872 umfaßt.

c) Das Neue Archiv für Handelsrecht, welches von Voigt und Hünecken herausgegeben ist, umfaßt 4 Bände von 1858 bis 1866 und enthält eine Reihe handelsrechtlicher Abhandlungen.

d) Seit dem Jahre 1861 erscheint eine Gerichtszeitung in Hamburg und zwar:

α) von 1861—1868 als Hamburgische Gerichtszeitung, herausgegeben von Dr. Nathan (7 Bände);

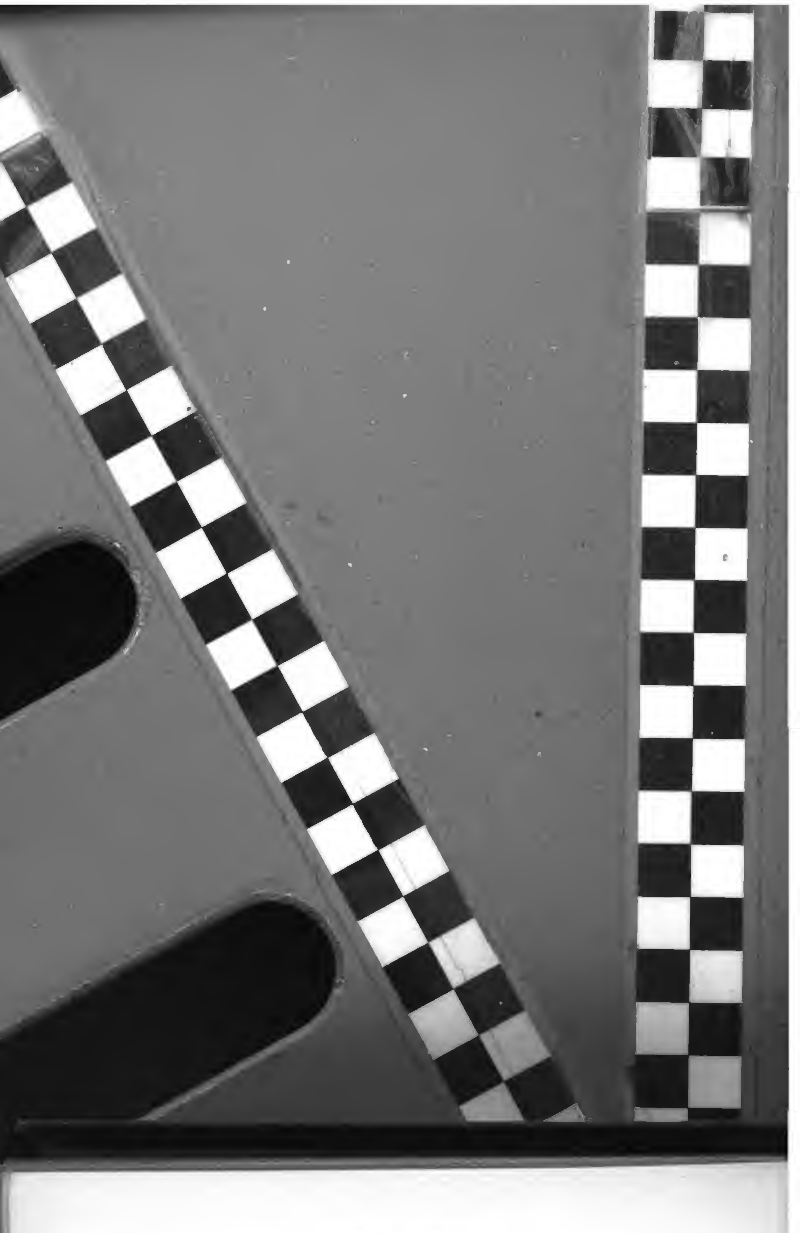
β) von 1868—1879 als Hamburgische Handelsgerichtszeitung nebst Beiblatt (12 Bände);

γ) seit 1880 als Hanseatische Gerichtszeitung, bestehend aus einem Hauptblatt, welches die handelsrechtlichen, und einem Beiblatt, welches die zivilrechtlichen Fälle enthält. Hier und da bringt die Gerichtszeitung auch kleinere Abhandlungen.[19]

Ein Generalregister zur Hanseatischen Gerichtszeitung, welches das

18) Vgl. I S. 23.

19) Als besondere Beilagen zur Hans. Gerichtszeitung sind erschienen: 1900. Nr. 1 Nöldeke, Die Änderungen des Zivilprozeßrechts; Nr. 2 Leo, Fragen aus dem Rechte des Kaufvertrages; Nr. 3 Wittich, Die Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten; Nr. 4, Der Nachlaßkonkurs. 1901. Nr. 1



Hauptblatt von 1868—1884 umfaßt, ist von Dr. Semler verfaßt worden.

e) Eine Sammlung von Entscheidungen in bei den Hamburgischen Amtsgerichten anhängig gewordenen Grundbuchsachen, in Vormundschaftssachen und anderen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sowie in Hinterlegungs-, Entmündigungs-, Aufgebots-, Konkurs-, Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungssachen wird bei dem Amtsgericht Hamburg zusammengestellt. Von 1900 bis 1904 sind 5 Jahresbände erschienen, von da ab erscheinen die Bände in größeren Zeiträumen.

f) Die Hamburger Praxis in Zivilsachen, erste Auflage (1888) von Dr. O. Brandis, zweite (1895) von Dr. P. Abraham, enthält systematisch geordnete Rechtssätze aus den veröffentlichten Urteilen Hamburgischer Gerichte über zivilrechtliche Fragen,

die Hanseatische Rechtsprechung auf dem Gebiet des Handels-, Versicherungs-, Wechsel- und Seerechts (1900) von Dr. P. Abraham, eine systematisch geordnete Sammlung von Rechtssätzen aus den veröffentlichten Urteilen Hamburgischer Gerichte über Fragen der genannten Rechtsgebiete.

§ 5. Gesetz und Verordnung[1]

Gesetz ist die von der Staatsgewalt durch ausdrückliche Erklärung gesetzte Rechtsnorm.

Wie in anderen modernen Staaten, besteht auch in Hamburg ein grundsätzlicher Unterschied zwischen dem Gesetz und der Verordnung, und zwar beruht dieser Unterschied wesentlich auf der Art der Entstehung der Rechtsnorm. Doch ist festzustellen, daß im Sinne des B.G.B., des E.G. z. B.G.B. und auch im Sinne der Ausführungsgesetz-

Lau, Der Ausschluß des Rechtsweges im Hamburgischen Expropriationsverfahren. 1902. Nr. 1 Götze, Über die Eintragung von Vorbehaltsgut im Güterrechtsregister; Nr. 2 Basedow, Grundb.-Eintragungen auf Testamentsnamen; Nr. 3 Gütschow, Die Haftung der Rheder bei Kollisionen von Schleppzügen. 1903. Nr. 1 Meyer, Ein Beitrag zur Testamentseröffnung. 1904. Nr. 1 Wassermann, Streitfragen aus dem internationalen Patent- und Markenrechte. 1906. Nr. 1 Wassermann, Die Wirkung der Vorbenutzung im Patent- und Markenrecht.

1) Vgl. bez. des Hamburgischen Rechts: Baumeister I S. 10; Wolffson, Hamb. Staatsrecht S. 18; v. Melle, Staatsrecht S. 85, 134; Seelig S. 104 ff.; Haufft, Das Verordnungsrecht des Senats. Ferner für das Reichs- und Landesrecht: Laband, Staatsrecht I §§ 54 ff.; Dernburg I §§ 22 ff.; Oertmann S. 13; Kisch S. 28; Kloß S. 11; Buchka S. 8; Dorner-Seng S. 11.

gebung Gesetz jede Rechtsnorm ist, mag sie in der Form des Gesetzes, der Verordnung, des Gewohnheitsrechts usw. erscheinen.

Sodann ist zu beachten, daß in älterer Zeit die Trennung zwischen Gesetz und Verordnung in der äußeren Form nicht so streng durchgeführt wurde wie heute und manche Gesetze als Verordnungen bezeichnet werden (s. unter II.).

I. Während in monarchischen Staaten die Gesetzgebung regelmäßig grundsätzlich dem Monarchen zusteht und nur im Laufe der Zeit durch das Erfordernis der Mitwirkung der Volksvertretung nach und nach in gewissen Fällen eingeschränkt worden ist, wird in Hamburg die Gesetzgebung schon seit dem Beginn des 15. Jahrhunderts durch den Rat und die Bürger gemeinschaftlich ausgeübt.[2]

Die jetzige Grundlage des Rechtes zur Gesetzgebung bildet der Art. 61 der Verfassung vom 13. Oktober 1879. Darnach beruht die Gesetzgebung auf dem übereinstimmenden Beschluß des Senats und der Bürgerschaft.

1. Das Zustandekommen des Gesetzes.

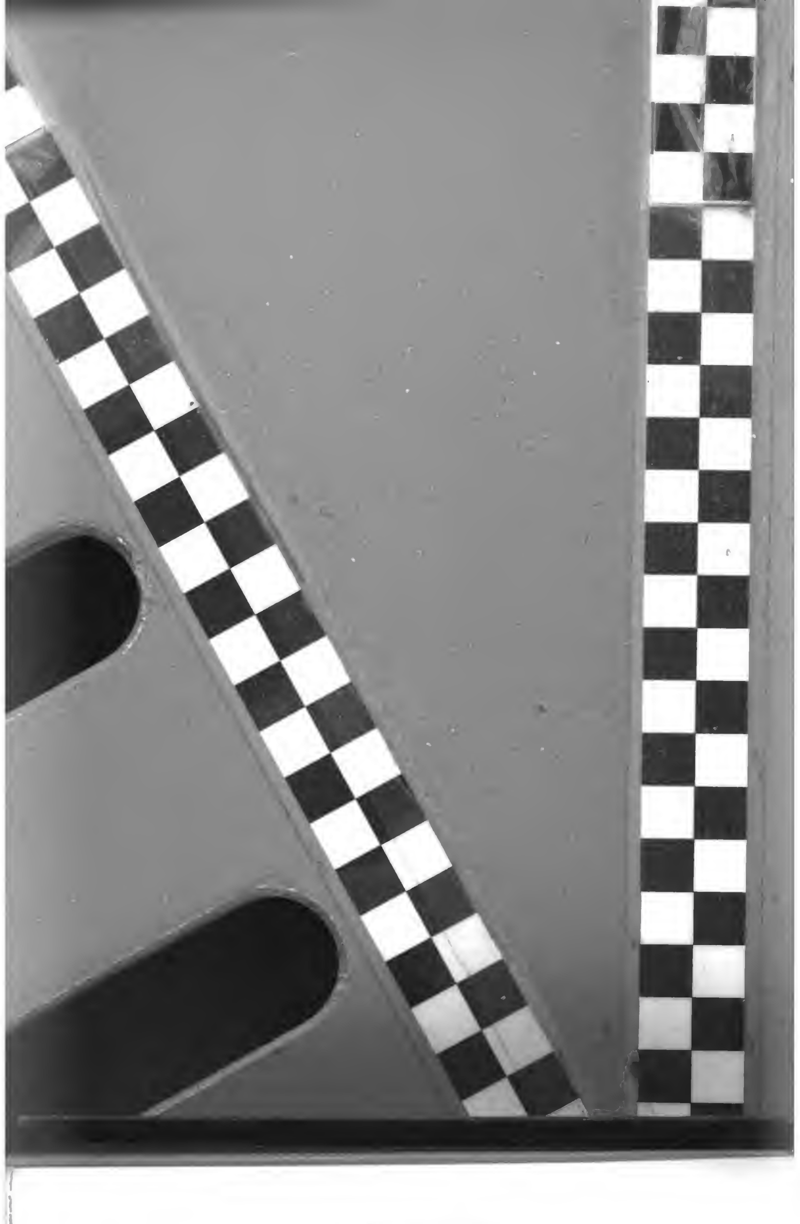
a) Das Gesetz erfordert zunächst einen übereinstimmenden Beschluß des Senats und der Bürgerschaft.

α) Die Initiative zu dem Gesetzesvorschlage kann vom Senate oder von der Bürgerschaft ausgehen.

β) Die Bürgerschaft kann über den Vorschlag in einmaliger Abstimmung beschließen, wenn sich für den Vorschlag eine Zweidrittelmehrheit findet. Ist letzteres nicht der Fall, so ist die Beratung und Abstimmung an einem späteren Tage zu wiederholen und genügt dann zur Annahme eine einfache Mehrheit. Hat die Bürgerschaft einen Vorschlag bereits definitiv erledigt und der Senat demselben nur mit Modifikationen zugestimmt, so kann der Vorschlag in einer Beratung mit einfacher Mehrheit angenommen werden (Art. 68 Verf.).

Eine erschwerte Form besteht nur für solche Gesetze, welche Ver-

2) Schon in den Stadtrechten von 1270 und 1292 ist die Rede von dem Rate und der Gemeinheit der Bürger, den „wittighesten", in den Rezessen von 1410, 1458 und 1483 wurde das Recht der Bürger besonders formuliert (s. Westphalen, Hamb. Verf. u. Verw. I S. 2 ff.). Durch den Rezeß von 1529 Art. 59 wurde der Rat verpflichtet, Änderungen am Stadtbuch, Rezessen und Bursprake nicht ohne Mitwissen und Vollbort der verordneten Kirchspielbürger vorzunehmen. Nach dem Rezeß von 1603 Art. 28 blieb dies nur hinsichtlich der Bursprake genügend, wogegen Stadtbuch, Rezesse und Landrecht nicht anders als mit Genehmigung der ganzen Bürgerschaft verändert, gemindert oder vermehrt werden sollten (s. Westphalen I S. 6; Baumeister I S. 10 Anm. 1).



fassungsänderungen enthalten. Ein solcher Gesetzesvorschlag muß in zwei Abstimmungen in Anwesenheit von mindestens drei Vierteln sämtlicher Mitglieder der Bürgerschaft von drei Vierteln der Anwesenden angenommen sein. Die zweite Abstimmung darf frühestens 21 Tage nach dem ersten Beschluß erfolgen (Art. 101 Verf.).

γ) Wird ein selbständiger Antrag der Bürgerschaft vom Senat unverändert angenommen oder beschließt der Senat einem von der Bürgerschaft unter Modifikationen angenommenen Senatsantrage zuzustimmen, so genügt zur Herstellung des übereinstimmenden Beschlusses von Senat und Bürgerschaft eine diesbezügliche Mitteilung des Senats an den Bürgerausschuß (Art. 69 Verf.).

δ) Die Zustimmung der Bürgerschaft kann „in dringlichen Fällen" bei Angelegenheiten „von geringerer Bedeutnng" durch die Zustimmung des Bürgerausschusses ersetzt werden (Art. 60 Ziff. 2 Verf.). Doch hat diese Zustimmung nur eine provisorische Bedeutung und muß baldmöglichst durch die Zustimmung der Bürgerschaft ersetzt werden. Wird letztere verweigert, so tritt das Gesetz wieder außer Kraft.[3]

ε) In gewissen Fällen wird der übereinstimmende Senats- und Bürgerschaftsbeschluß durch den Beschluß einer sogenannten Entscheidungsdeputation ersetzt[4] (Art. 71 ff. Verf.). Können sich Senat und Bürgerschaft nicht einigen, stimmen sie aber darin überein, daß eine Entscheidung, z. B. über den Erlaß eines Gesetzes, ohne wesentlichen Nachteil für das Gemeinwesen nicht ausgesetzt werden könne, so ist eine aus einer gleichen Anzahl von Senats- und Bürgerschaftsmitgliedern, und zwar regelmäßig 16 Mitgliedern, bestehende Entscheidungsdeputation einzusetzen,[5] welche innerhalb 14 Tagen mit absoluter Mehrheit endgültig entscheidet. Bei wiederholter Stimmen-

3) Diese Vorschrift ist hinsichtlich des Umfangs der Zuständigkeit, wie Wolffson (a. a. O. S. 23) mit Recht bemerkt, unklar und unpräzise. „Was sind „dringliche Verfügungen von geringer Bedeutung?" Sie ist bisher noch nicht praktisch geworden und dürfte es auch schwerlich werden.

4) Vgl. Art. 70 ff. Verf. Bei Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung der Verfassung oder von Gesetzen oder über ein von dem Senate oder der Bürgerschaft behauptetes Recht oder die Frage, ob ein Mitglied des Senats oder der Behörden wegen Verfassungs- oder Gesetzesverletzung zur gerichtlichen Verantwortung zu ziehen sei, ist die Meinungsverschiedenheit auf Beschluß des Senats oder der Bürgerschaft durch das Reichsgericht zu entscheiden. Durch Reichsgesetz v. 14. März 1881 (R.G.B. 1881 S. 37) ist das Reichsgericht hierfür für zuständig erklärt worden.

5) Bisher ist dieser Fall, in welchem evtl. das Los endgültig entscheidet, da bei der Zusammensetzung der Subkommission zwischen Senats- und Bürgerschaftsmitgliedern nicht unterschieden wird, noch nicht praktisch geworden.

gleichheit wird eine Subdeputation von 5 Mitgliedern durch das Los gebildet, wobei zwischen Senats- und Bürgerschaftsmitgliedern ein Unterschied nicht gemacht wird; die Subdeputation hat den endgültigen Beschluß zu fassen.

Die Zuständigkeit der Entscheidungsdeputation erstreckt sich aber niemals auf eine Änderung der Verfassung oder solcher gesetzlicher Bestimmungen, durch welche Rechte des Senats oder der Bürgerschaft festgestellt worden sind.

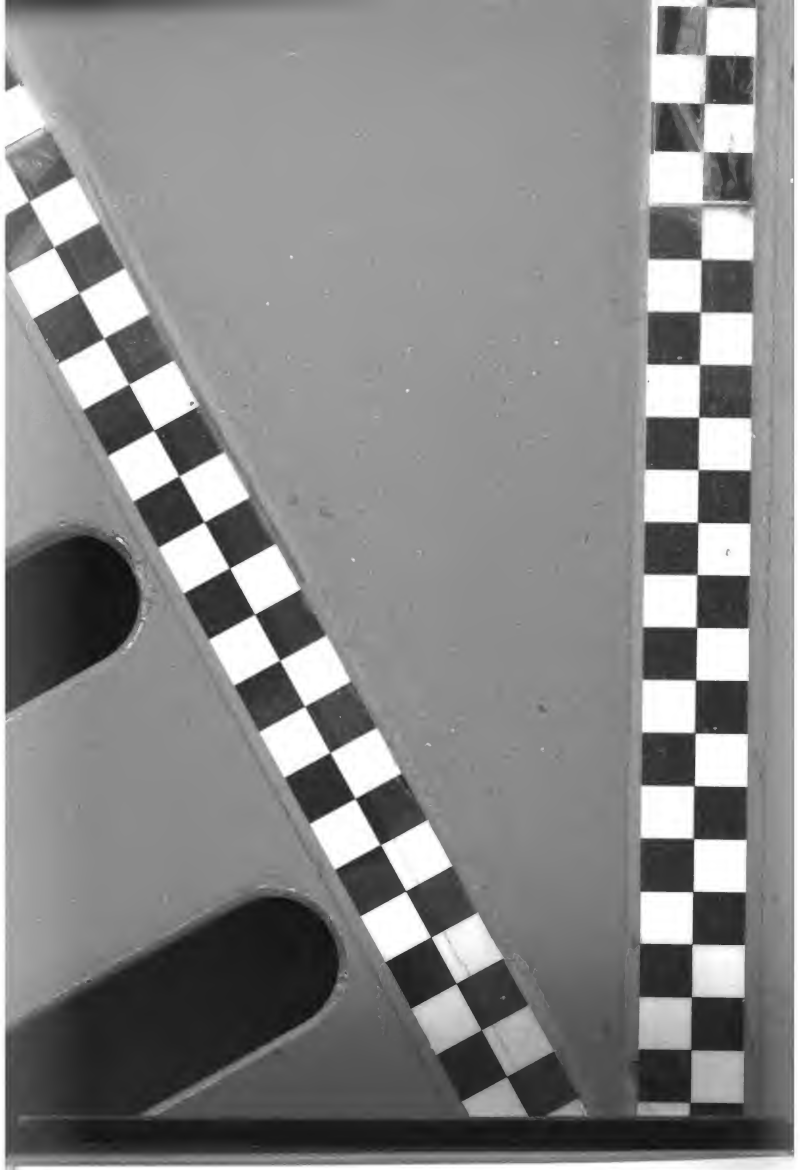
Handelt es sich um die Prolongation oder Erneuerung eines nur auf eine bestimmte Zeit bewilligten Gesetzes und ist vor Ablauf dieser Zeit die Einsetzung einer Entscheidungsdeputation beschlossen, so gilt das Gesetz als bis zu der erfolgenden Entscheidung prolongiert.

b) Der übereinstimmende Beschluß von Senat und Bürgerschaft erstreckt sich nicht nur auf die Feststellung des Gesetzesinhalts, sondern auch auf den Erlaß des Gesetzesbefehls, auf die Sanktion des Gesetzes, die Ausstattung des Rechtssatzes mit verbindlicher Kraft. Während in monarchischen Staaten der Monarch der alleinige Träger der Staatsgewalt und daher allein imstande ist, den staatlichen Befehl zu erteilen, steht dies Recht in Hamburg dem Senat und der Bürgerschaft als den gemeinschaftlichen Trägern der höchsten Staatsgewalt zu (Art. 6 Verf.). Daß die Sanktion nicht ein Recht des Senates ist, zeigt sich daran, daß beim Vorliegen eines übereinstimmenden Beschlusses von Senat und Bürgerschaft das Gesetz in bezug auf seinen Inhalt wie den Gesetzesbefehl perfekt ist, und der Senat die Ausfertigung und Verkündung des Gesetzes vornehmen muß.

c) Dagegen steht die Ausfertigung der Gesetze, d. h. die authentische Feststellung des durch den übereinstimmenden Beschluß zustande gekommenen Gesetzesinhalts und des Gesetzesbefehls, dem Senate zu. Diese Beurkundung darf nur erfolgen, wenn das Vorhandensein der Voraussetzungen, welche das positive Recht für den Erlaß eines Gesetzes aufstellt, konstatiert wird. Mithin liegt dem Senat die Prüfung darüber ob, ob das Gesetz verfassungsmäßig zustande gekommen ist und enthält die Ausfertigung nicht nur die authentische Beurkundung des Wortlauts des Gesetzes, sondern zugleich eine formelle Feststellung, daß die verfassungsmäßigen Vorbedingungen des Gesetzgebungswillens erfüllt sind.[6]

---

6) Inwieweit diese Feststellung für die Gerichte bindend ist, s. im § 11 III 2.



Der Ausfertigungsvermerk enthält in der Einleitung der Hamburgischen Gesetze die Worte: „Der Senat hat in Übereinstimmung mit der Bürgerschaft beschlossen und verkündet hierdurch als Gesetz" und am Schlusse den Satz: „Gegeben in der Versammlung des Senats vom . . ."

d) Die Verkündung der Gesetze[7] steht dem Senate zu. Sie erfolgt regelmäßig durch Abdruck des Gesetzestextes nebst Ausfertigungsvermerk im Amtsblatt der Freien und Hansestadt Hamburg.[8] Ausnahmsweise ist auch eine besondere Publikation, z. B mittels Anschlags an den Straßenecken, gestattet.

Die Verkündung hat binnen 14 Tagen nach Zustandekommen des übereinstimmenden Beschlusses von Senat und Bürgerschaft oder des Beschlusses der Entscheidungsdeputation zu erfolgen (Art. 77 Verf.).[9]

e) Den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes kann der Gesetzgeber im einzelnen Falle besonders bestimmen. Ist dies geschehen, so tritt das Gesetz an dem bestimmten Zeitpunkte in Kraft. Ist die Bestimmung des Zeitpunktes, was häufig vorkommt, einer späteren Verordnung des Senats überlassen, so bestimmt diese über den maßgebenden Zeitpunkt.

Ist ein Zeitpunkt für das Inkrafttreten nicht bestimmt, so tritt das Gesetz mit dem Tage der Verkündung in Kraft.[10]

---

7) Bis zum Erlaß der Ver. v. 16. Jan. 1852, betr. das Hamburgische Amtsblatt, bestand im Hamburg ein verfassungsmäßiges Erfordernis der Verkündung von Gesetzen nicht, was Westphalen (I S. 14 Anm.) ausdrücklich hervorhebt (vgl. auch Wolffson S. 22, Beibl. 1886 Nr. 103). Wenn aber Wulff (I S. 23 Anm. 4) annimmt, daß auch für die Gegenwart sich nicht mit Recht behaupten lasse, daß die Publikation für die Gültigkeit der Gesetze wesentlich sei, so dürfte dem schon aus Gründen des modernen Staatsrechts, vor allem aber auf Grund der Art. 61, 77 Verf. zu widersprechen sein, welche eine Verkündung ausdrücklich vorschreiben und auf Grund des § 3 der Ver. v. 16. Jan. 1852, welcher eine Verkündung voraussetzt (s. Baumeister I S. 10; Niemeyer S. 11).

8) Vgl. § 4 Anm. 17. Die Publikation in der Gesetzsammlung hat keine rechtliche Bedeutung.

9) Besteht ein Widerspruch zwischen dem von Senat und Bürgerschaft beschlossenen und dem verkündeten Text, so ist der erstere maßgebend (s. § 4 Anm. 7). Anders lag der Fall, als sich 1901 herausstellte, daß bei der Fassung des § 31 des Ges. betr. Forst- und Feldfrevel v. 12. Dez. 1898 (s. Wulff II S. 546 Anm. 5) ein Irrtum unterlaufen war, da die Kanzlei der Bürgerschaft den Bürgerschaftsbeschluß versehentlich dem Senat falsch mitgeteilt und der Senat den Paragraph in der irrtümlichen Fassung veröffentlicht hatte. Dies wurde in der Praxis nicht bemerkt. Als es sich gelegentlich herausstellte, wurde ein besonderes Gesetz am 19. Juli 1901 erlassen, durch welches die von der Bürgerschaft beschlossene Fassung hergestellt wurde. Da der Senat damals der mitgeteilten Fassung zugestimmt hatte, so bestand tatsächlich ein Dissens. Vgl. auch § 11 Anm. 4.

10) Vgl. § 3 Ver. v. 16. Jan. 1852 (Wulff I S. 97).

2. Es ist zu unterscheiden zwischen Gesetzen im **materiellen** und im **formellen** Sinne.[11]

a) Gesetz im **materiellen** Sinne bedeutet die staatliche Anordnung eines Rechtssatzes. Den Gegensatz bilden einerseits die übrigen Formen der Entstehung des Rechts, die Autonomie, das Gewohnheitsrecht, andererseits das Rechtsgeschäft, welches nur subjektive Rechte und Pflichten, nicht aber einen Rechtssatz aufstellt.

b) Gesetze im **formellen** Sinne sind diejenigen staatlichen Willensakte, welche im Wege der Gesetzgebung erfolgen, aber nicht die Anordnung von Rechtssätzen zum Gegenstande haben. Zu den Gesetzen im formellen Sinne gehören vor allem diejenigen, welche sich auf die Feststellung des Budgets, auf die Veräußerung von Staatseigentum, die Einleitung des Enteignungsverfahrens, die Auflegung von Bau- und Straßenlinien, die Feststellung des Bebauungsplans usw. beziehen.

II. Die **Verordnung** unterscheidet sich vom Gesetz dadurch, daß ihr Erlaß nicht der Mitwirkung der Bürgerschaft bedarf und daß sie regelmäßig auch durch eine Verordnung abgeändert und aufgehoben werden kann, während ein Gesetz nur durch ein Gesetz geändert und aufgehoben werden kann.[12] Früher wurde diese Unterscheidung im Ausdruck nicht so streng durchgeführt; vielfach ist als Verordnung[13] bezeichnet worden, was rechtlich als Gesetz zu betrachten ist.

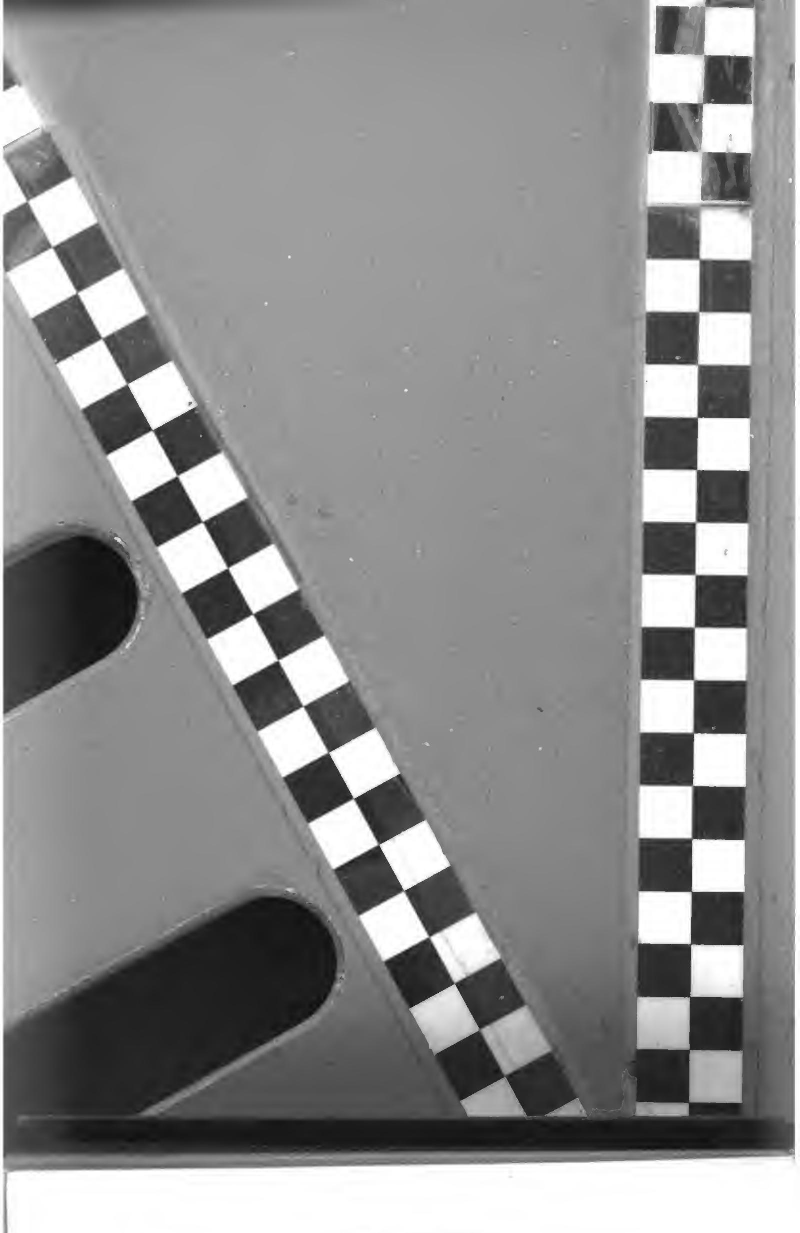
Man unterscheidet **Rechtsverordnungen** und **Verwaltungsverordnungen**. Rechtsverordnungen sind diejenigen Vorschriften der Staatsgewalt, welche der Gesetzesform entbehren und mit Gebot oder Verbot an die Untertanen sich wendend in deren aktuellen Rechtsstand eingreifen, also wie das Gesetz Rechtssätze schaffen wollen. Die Verwaltungsverordnung stellt dagegen keine Rechtsvorschriften auf, sondern regelt die Tätigkeit und Verwaltung

---

11) Diese von **Laband** zuerst in aller Schärfe aufgestellte Unterscheidung hat sich in der staatsrechtlichen Theorie eine herrschende Stellung erobert. Vgl. **Laband**, Staatsrecht (3. Aufl.) I S. 488 ff., II S. 988 ff.

12) In Beibl. 1896 Nr. 67 hat das O.L.G. es gebilligt, daß ein Gesetz durch eine Verordnung aufgehoben wurde. Dies mag zutreffend sein, wenn inzwischen die Kompetenz zwischen Gesetz und Verordnung anders verteilt worden ist. Aber das war hier gar nicht der Fall. Das Recht des Senats zum Erlaß von Polizeiverordnungen bestand auch früher. Ist aber einmal der Weg des Gesetzes gewählt, so bedarf es auch zur Abänderung eines Gesetzes.

13) Vgl. z. B. die Ver. v. 16. Jan. 1852 betr. die Einführung eines Hamburg. Amtsblattes, Ver. v. 29. Juni 1849 über die Aufhebung und Ablösbarkeit der in den §§ 35 und 36 der Grundrechte des deutschen Volks erwähnten Abgaben und Leistungen, Ver. v. 29. Juni 1849 über das Verfahren bei der Abnahme von Eiden usw.



der Behörden und berührt Dritte unmittelbar nicht; sie gehört völlig dem öffentlichen Recht an und ist daher hier nicht weiter zu behandeln.

1. Die Zuständigkeit zum Erlaß von Rechtsverordnungen, d. h. von Rechtsvorschriften im Wege der Verordnung, ist naturgemäß beschränkt. Allerdings enthält die Hamburgische Verfassung ebensowenig wie die Reichsverfassung einen positiven Satz dahin, daß Rechtsvorschriften nur im Wege der Gesetzgebung angeordnet werden dürfen; sie bestimmt nur, daß der Erlaß, die authentische Auslegung, Abänderung und Aufhebung von Gesetzen über Gegenstände des öffentlichen und des Privatrechts Gegenstand der Gesetzgebung ist (Art. 62). Aber auch wenn der obige Satz hieraus nicht unmittelbar abzuleiten ist, so ist er doch als selbstverständlich vorausgesetzt und entspricht einer jahrhundertealten Hamburgischen Rechtsauffassung.[14] Eine Befugnis, Rechtsvorschriften im Wege der Verordnung zu erlassen, besteht nur, soweit die Verfassung oder das Gesetz eine solche gewähren. Die vielfach bestrittene Frage,[15] ob dem Senat ein selbständiges Verordnungsrecht zusteht, hat Bedeutung nur für das Gebiet eigentlich polizeilicher Vorschriften. Hierüber wird unten gehandelt werden.

2. In drei Fällen besteht die Befugnis zum Erlaß von Rechtsverordnungen für den Senat:

a) Der Senat ist befugt, die nötigen Vollzugs- oder Ausführungsverordnungen zu den Hamburgischen Gesetzen zu erlassen (Art. 61 Verf.).[16]

α) Die Ausführungsverordnungen können bloße Verwaltungsverordnungen sein, aber auch Rechtsvorschriften enthalten, welche den Gesetzestext nicht allein näher bestimmen, sondern auch in gewissen Fällen selbst ergänzen dürfen.[17] Sie dürfen aber natürlich nichts anordnen, was mit dem Gesetz auch nur im mindesten im Widerspruch steht,

---

14) Vgl. Baumeister I S. 10; Niemeyer S. 11; Beibl. 1888 Nr. 37.

15) Vgl. v. Melle S. 90; Seelig, Staatsrecht S. 106 ff.; Hanfft, Verordnungsrecht des Senats S. 51 ff.; Verh. zw. Sen. und Bürg. 1875 S. 453; Ausschußber. der Bürg. 1888 Nr. 14.

16) Über die Ausführung der Reichsgesetze s. unter III.

17) Diese Ansicht ist jetzt ziemlich allgemein anerkannt. Vgl. v. Melle S. 88 und Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt usw. S. 18. Dieses Recht des Senates zum Erlaß solcher Rechtsverordnungen kann man als ein selbständiges, ihm als Regierung zustehendes Recht bezeichnen.

wozu insbesondere auch solche Ergänzungen gehören, welche der Gesetzgeber nach dem Sinne des Gesetzes ausgeschlossen hat.

β) Wenn, wie es vielfach erfolgt, dem Senat der Erlaß von Ausführungsverordnungen besonders durch das Gesetz übertragen wird, so geschieht dies in Ausführung des Art. 61 der Verf., um den Inhalt der Befugnisse des Senats im einzelnen Falle näher zu bestimmen.[18] In diesem Falle ist der Senat an die im Gesetz bestimmte Grenze seiner Befugnis gebunden.

γ) Das Recht, Rechtsverordnungen zur Ausführung der Gesetze zu erlassen, kann der Senat nicht an untergeordnete Behörden delegieren. Dagegen kann dies im Wege der Gesetzgebung erfolgen und ist dies auch häufig geschehen.[19]

b) Es kann fraglich erscheinen, ob zu den Vollzugsverordnungen auch diejenigen Rechtsverordnungen zu zählen sind, welche als Polizeiverordnungen erscheinen und zu deren Erlaß der Senat ausdrücklich durch das Gesetz für zuständig erklärt worden ist.[20] Denn auch diese Verordnungen dienen zur Ausführung der über die öffentliche Sicherheit und die Regelung der Gewerbebetriebe gegebenen Gesetze. Jedenfalls ist das Verordnungsrecht des Senats auf dem Gebiet der Polizei anzuerkennen. Ein Widerspruch zwischen dem § 9 des Verw.Ges. und der Verfassung besteht nicht. Denn dem Senat gebührt die ganze Summe solcher Befugnisse, welche der eigentlichen Regierungsgewalt obliegen.[21] Dazu gehört aber vornehmlich die Anordnung polizeilicher Vorschriften. Der Senat hat die Befugnis zum Erlaß polizeilicher Verordnungen auch früher schon ausgeübt.[22] Überhaupt widerspricht es dem Wesen der Polizei, wenn man für die Regelung der sie betreffenden Fragen unter allen Umständen die Beschreitung des umständlichen Weges der Gesetzgebung fordert.

---

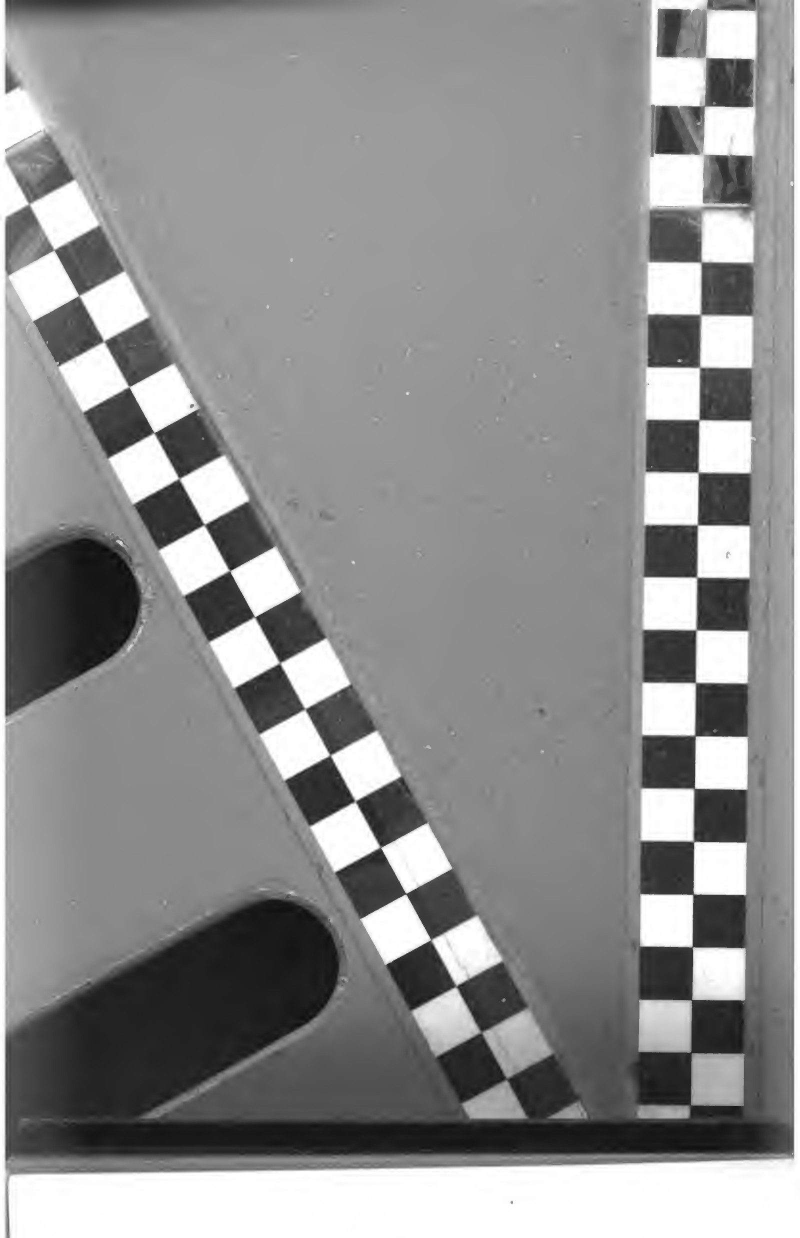
18) Dies ist z. B. geschehen durch § 73 A.G. z. B.G.B., §§ 11, 19 A.G. z. G.B.O.

19) Z. B. durch § 7 A.G. z. H.G.B., § 21 Ges. betr. das Gerichtsvollzieherwesen v. 29. Dez. 1899, § 9 Ges. v. 2. Nov. 1896 betr. die Organ. der Verwaltung bez. des Rechtes zum Erlaß von Polizeiverordnungen. Man kann zweifeln, ob eine solche Vorschrift nicht als eine Änderung des Art. 61 der Verf. anzusehen ist, der den Erlaß der Vollzugsverordnungen dem Senat überläßt. Doch ist es in der Praxis bisher nicht so angesehen worden.

20) Durch § 9 Ges. v. 2. Nov. 1896 betr. die Organ. der Verwaltung.

21) Vgl. Beibl. 1896 Nr. 67, 1906 Nr. 99. Die Ausführungen von Hanfft, welche dem Senate das Recht zum Erlaß von Polizeiverordnungen absprechen wollen, erscheinen nicht überzeugend.

22) Vgl. Hanfft a. a. O. S. 63.



c) Das Recht des Senats zum Erlaß von Notverordnungen ist nach der Verfassung nur ein sehr beschränktes und auch noch durch die Reichsgesetzgebung eingeschränkt. Der Senat soll im Falle eines Krieges oder Aufruhrs befugt sein, die verfassungsmäßigen Bestimmungen über Gerichtsstand, Verhaftung, Haussuchung, Presse und Versammlungsrecht zeitweilig außer Kraft zu setzen, doch ist die Zustimmung der Bürgerschaft sofort einzuholen; lehnt die Bürgerschaft die Zustimmung ab, so tritt die Verordnung außer Kraft, andernfalls bleibt sie für vier Wochen bestehen und kann die Verlängerung immer von neuem auf diese Dauer geschehen (Art. 102, 103 Verf.).

Durch die Reichsgesetzgebung ist diese Befugnis hinsichtlich der Vorschriften über den Gerichtsstand, die gerichtliche Verhaftung und Haussuchung beseitigt, während der Senat freilich auf dem Gebiet der polizeilichen Festnahme, der Presse[23] und des Versammlungsrechts das Recht des Erlasses von Notverordnungen behalten hat.[24]

3. Der Erlaß der Verordnung erfordert ebenso wie derjenige des Gesetzes

a) die Feststellung des materiellen Inhalts sowie den Befehl zur Befolgung der Verordnung. Hierfür ist das Plenum des Senats oder diejenige Behörde, welcher das Verordnungsrecht durch das Gesetz übertragen worden ist, zuständig;

b) die Ausfertigung, d. h. die authentische und formelle Feststellung des Wortlauts der Verordnung, und die Erklärung, daß die Verordnung formell ordnungsmäßig zustande gekommen ist. Zuständig für die Ausfertigung ist dieselbe Instanz, wie für die Feststellung des Inhalts der Verordnung.

Der Ausfertigungsvermerk hat keine bestimmte Fassung. In der Regel wird in der Einleitung die Gesetzesbestimmung angeführt, auf Grund deren oder zu deren Ausführung die Verordnung erlassen wird, doch ist dies für die Gültigkeit der Verordnung ohne Bedeutung; auch wenn versehentlich eine falsche Gesetzesbestimmung angegeben ist, kann die Verordnung gültig sein, falls sie nur überhaupt durch ein Gesetz gedeckt ist. Am Schlusse der Senatsverordnungen pflegt sich wie bei den Gesetzen der Vermerk zu befinden: „Gegeben in der Versammlung des Senats vom . . .“;

23) Vgl. § 30 Abs. 1 des Reichspreßges. v. 7. Mai 1874.
24) Vgl. hierzu v. Melle S. 91 ff., wo diese Frage eingehend erörtert wird.

c) die **Verkündung**, falls es sich um eine Rechtsverordnung handelt.[25] Dieselbe ist zwar durch das Gesetz nicht ausdrücklich vorgeschrieben, doch macht es für die Verkündung keinen Unterschied, ob eine Rechtsvorschrift im Wege der Gesetzgebung oder der Verordnung erlassen worden ist.

Die Verkündung der Verordnungen erfolgt durch den Senat oder diejenige Behörde, welche für die Feststellung des Inhalts der Verordnung zuständig ist, auf dieselbe Weise wie die Publikation von Gesetzen.

Besonders liegt die Sache bei den in Beschlüssen der **Landgemeinden** enthaltenen Verordnungen. Eine gesetzliche Vorschrift bez. ihrer Publikation besteht nicht, nach Art. 14 lit. d der Landg.Ordn. treten die Beschlüsse der Gemeindeversammlung entweder unmittelbar nach erfolgter Zustimmungserklärung des Landherrn oder, falls derselbe Einspruch nicht erhebt, zehn Tage nach erfolgter Mitteilung des Protokolls an denselben in Kraft. Trotzdem werden die Beschlüsse meist von dem Landherrn verkündet. Diese Verkündung dürfte aber nicht Voraussetzung der Rechtsgültigkeit der Verordnung sein.[26]

III. Während die Ausführungen unter II. sich auf diejenigen Fälle beziehen, in denen die Befugnis zum Erlaß einer Verordnung sich auf das Landesrecht stützt, kann es vorkommen, daß der Erlaß von Rechtsvorschriften über eine Materie zwischen **dem Reich** und den **Bundesstaaten** geteilt ist. Auf diesem Gebiete kann der einzelne Staat Vorschriften nur treffen, falls das Reich ihm eine besondere Ermächtigung verleiht. Diese Ermächtigung kann einen allgemeinen Charakter haben oder aber es kann der materielle Inhalt der zu treffenden Vorschrift genau bestimmt sein.

1. Es kann der **Landesgesetzgebung** eine solche Ermächtigung verliehen werden. In diesem Falle ist die Regelung in Hamburg so zu treffen, wie unter I. ausgeführt ist.

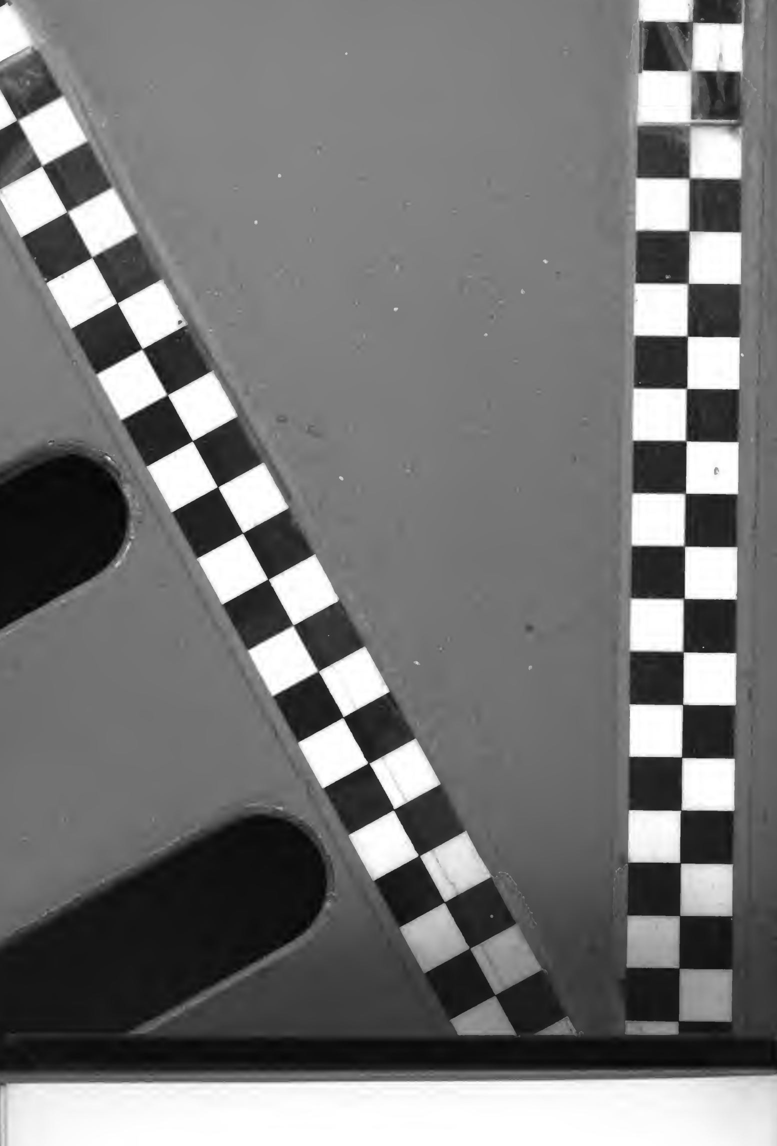
2. Oder es kann ganz allgemein eine Ermächtigung **den Bundesstaaten** verliehen sein.[27] Dann entscheidet sich die Zuständigkeit für die Regelung nach dem Staatsrecht der Einzelstaaten. Handelt es sich

---

25) Vgl. Beibl. 1894 Nr. 115; v. Melle S. 94. Verwaltungsverordnungen bedürfen keiner Publikation.

26) Vgl. Beibl. 1898 Nr. 24. Für die Publikation von Verordnungen für das Amt Ritzebüttel bedarf es nicht einer Veröffentlichung im Amtsblatt, vielmehr genügt üblicherweise die Publikation in einem Lokalblatt.

27) Vgl. z. B. §§ 22, 80 B.G.B.



um eine Angelegenheit, welche nach der Gesetzgebung des betr. Staates durch ein Gesetz zu regeln ist, so muß auch in dem betr. Falle ein Gesetz ergehen.[28]

3. Ist die Ermächtigung der „Landesregierung" oder der „Zentralbehörde" oder der „obersten Verwaltungsbehörde" des Einzelstaates erteilt, so steht der Erlaß der landesrechtlichen Vorschrift dem Senate zu.[29]

Dagegen ist der Senat nicht zuständig, falls eine Ermächtigung für den Landesherrn erteilt ist oder wenn es gestattet ist, eine Frage durch „landesherrliche Verordnung" zu regeln. Denn der Senat führt zwar die Regierung, ist aber nicht im Alleinbesitz der dem Landesherrn zustehenden Gewalt. Vielmehr können „landesherrliche Verordnungen" im Sinne des Reichsrechts in Hamburg nur in Gesetzesform erlassen werden.[30]

4. Endlich kann das Reichsrecht die Ermächtigung auch bestimmten untergeordneten Landesbehörden direkt erteilen. Es kann dabei die Behörde direkt bestimmen, z. B. die Landesjustizverwaltung,[31] oder es kann ganz allgemein die zuständige Behörde, die höhere Verwaltungsbehörde usw. als ermächtigt bezeichnen. Falls sich die Zuständigkeit der Behörde alsdann nicht unmittelbar aus dem Landesrecht ergibt, bedarf es einer besonderen nach den Vorschriften des Landesrechts zu erlassenden Bestimmung dieser Behörde.[32] Keinesfalls ist aber dann die

---

28) Vgl. Wolffson, Staatsrecht S. 15; v. Melle S. 89. So ist auch in den in der vor. Anm. bezeichneten Fällen die Regelung durch Gesetz erfolgt; vgl. §§ 1, 6 A.G. z. B.G.B.

29) Vgl. z. B. § 982 B.G.B. (Zentralbehörde) und Sen.Ver. v. 20. Dez. 1899, §§ 1322, 1723, 1745 B.G.B. (Landesregierung) und Sen.Ver. v. 1. Dez. 1899. Vgl. ferner Beibl. 1889 Nr. 122, 1893 Nr. 98, 1901 Nr. 21. Die Bestimmung des § 27 A.G. z. B.G.B., welche den Senat ausdrücklich als Zentralbehörde im Sinne des § 795 B.G.B. bezeichnet, ist an sich überflüssig. Beim Erlaß der Fundsachenverordnung v. 20. Dez. 1899 hat der Senat mit Recht gehandelt, ohne daß er noch durch eine besondere Vorschrift des Landesrechts als Zentralbehörde bezeichnet worden wäre.

30) Dem entspricht auch die Hamburgische Praxis. Vgl. z. B. §§ 87, 90, 91, 92 G.B.O. und §§ 18, 19 A.G. z. G.B.O. § 19 A.G. z. G.B.O. enthält erst eine Ermächtigung für den Senat, die betreffenden Verordnungen zu erlassen, was unnötig wäre, falls der Senat von selbst für den Erlaß landesherrlicher Verordnungen zuständig sein würde. Vgl. Wulff I S. 4; Hanfft, Verordn.Recht des Sen. S. 53 ff.; a. M. Seelig S. 60.

31) Vgl. z. B. §§ 93—97 G.B.O.

32) Vgl. z. B. §§ 44, 61, 525, 2194 B.G.B. und dazu §§ 2, 3, 24, 79 A.G. z. B.G.B. Über die sehr zweifelhafte Frage, welche Behörde in Hamburg als Gemeindebehörde anzusehen und wie diese Frage im einzelnen geregelt ist, vgl. die ausführliche Anm. 4 bei Wulff I S. 513 und die dort angezogenen Verordnungen.

Zentralbehörde, d. h. der Senat, ermächtigt, die betreffenden Vorschriften zur Ergänzung oder Ausführung des Reichsrechts selbst zu treffen.

§ 6. Das Privileg.[1]

I. Der Begriff des Privilegs.

1. Das Gesetz stellt regelmäßig Rechtsnormen für den abstrakten Fall auf; das subjektive Recht entsteht dann infolge bestimmter konkreter Tatsachen.

Das Recht kann aber auch gewisse Verhältnisse direkt einer besonderen Regelung unterwerfen, insbesondere für bestimmte Personen und Sachen Rechte schaffen. Dies geschieht durch das **Privileg**. Das Privileg bezeichnet nicht nur die besondere Rechtsstellung an sich, sondern auch den diese Rechtsstellung begründenden Rechtssatz, die lex specialis. Auf einem solchen Privileg beruht z. B. das Erbrecht des Hamburger Waisenhauses, der öffentlichen Armenanstalt, einzelner milder Stiftungen.[2]

Vorstehend ist der Unterschied des **Privilegs** vom **allgemeinen Recht** gekennzeichnet. Von dem **Sonderrecht**, dem jus singulare, wird es dadurch geschieden, daß das letztere einen generell bestimmten Tatbestand trifft, insofern als es nicht einem bestimmten Rechtsverhältnisse, bestimmten Personen oder Sachen, sondern einer Gattung von Rechtsverhältnissen, einer Klasse von Personen oder Sachen ein Ausnahmerecht einräumt.[3]

2. Man kann bei den Privilegien weiter einen Unterschied dahin machen, ob das Gesetz selbst das Recht unmittelbar schafft, oder ob eine

---

1) Vgl. Dernburg I § 27; Windscheid-Kipp I §§ 135, 136; Crome, System I S. 95; Oertmann S. 26; Kisch S. 37; Kloß S. 19.

2) S. § 143 II 3.

3) Vgl. Entsch. d. R.G. 4 S. 217, 30 S. 202. Der Unterschied wird klar durch die von Kisch (S. 39 Anm. 6) hervorgehobenen Beispiele, von denen hier zwei wiedergegeben seien. Danach liegt ein Privileg vor, wenn gesetzlich bestimmt wäre, daß die Grundstücke einer bestimmten Person in das Grundbuch nicht eingetragen zu werden brauchten; dagegen ist der Satz des § 18 A.G. z. G.B.O. über die buchungsfreien Grundstücke Sonderrecht. Ebenso wäre es ein Privileg, wenn das Grundstück eines bestimmten Privaten von den gesetzlichen Vorschriften über die Ausübung des Jagdrechts ausgeschlossen wäre. Dagegen ist die Vorschrift des Jagdgesetzes, daß gewisse Grundstücke besonderen Vorschriften hinsichtlich der Jagdausübung unterliegen (§§ 3, 5 Jagdges. v. 2. Jan. 1903) Sonderrecht. Soweit aber hier dem Staate (§ 5 Jagdges.) ein besonderes Recht bez. der ihm gehörenden Grundstücke eingeräumt ist, dürfte ein Privileg vorliegen.



behördliche Verleihung, ein öffentlichrechtlicher Verwaltungsakt[4] oder ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit[5] hinzutreten muß, um das subjektive Recht zur Entstehung zu bringen. In den letzteren Fällen entspringt das Recht nicht unmittelbar aus dem Gesetz. Daher sind diese Privilegien als uneigentliche oder Privilegien im weiteren Sinn zu bezeichnen.[6] Dieser Begriff geht leicht in dasjenige Rechtsverhältnis über, bei welchem es sich nur um Schaffung subjektiven Rechts seitens der staatlichen Behörden innerhalb der unverändert bleibenden Rechtsordnung handelt.

Das eigentliche Privileg, welches unmittelbar durch das Gesetz geschaffen wird, hat heute auf dem Gebiete des Privatrechts keine große praktische Bedeutung mehr.

3. Das Privileg ist entweder ein öffentlichrechtliches oder ein privatrechtliches. Ersteres schafft eine Ausnahme von den Vorschriften des öffentlichen Rechts, z. B. indem einer bestimmten Person oder Anstalt Steuerfreiheit gewährt wird, letzteres schafft eine Abweichung von den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Die hauptsächliche Bedeutung des Privilegs liegt heute auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts.

II. Für die Zuständigkeit des Landesrechts zur Erteilung von Privilegien gilt folgendes:

1. Öffentlichrechtliche Privilegien kann das Landesrecht unbeschränkt erteilen, da diese Befugnis als dem öffentlichen Rechte angehörend vom Reichsrecht überhaupt nicht berührt wird.

2. Das Landesrecht kann uneigentliche Privilegien infolge Verweisung des Reichsrechts[7] und auf dem vorbehaltenen Gebiet schaffen. Eigentliche Privilegien, d. h. unmittelbar auf dem Gesetz beruhende subjektive Berechtigungen, können auf dem Gebiet des Vorbehaltsrechts entstehen, und zwar auch dann, wenn nicht die ganze Materie dem Landesrecht vorbehalten ist; es darf aber in letzterem Falle die Er-

---

4) Z. B. die Erteilung einer Konzession an eine Eisenbahngesellschaft.

5) Z. B. auf Grund der §§ 1303, 1316 Abs. 3, 1312 Abs. 2, 1303 Abs. 2, 1745 B.G.B.

6) Vgl. hierüber des näheren die m. E. durchaus zutreffenden Ausführungen bei Kisch S. 39 ff.

7) Dies liegt z. B. vor in den Fällen der §§ 795, 1303, 1316 usw. B.G.B., in denen die Konkretisierung des Rechts durch das Landesrecht erfolgt. Doch wird man in solchen Fällen das Privileg als auf dem Reichsrecht beruhend anzusehen haben.

teilung des Privilegs dem Reichsrecht nicht zuwiderlaufen. Ob dies der Fall ist, wird durch Auslegung zu bestimmen sein.[8]

Über das vorstehend bezeichnete Gebiet hinaus ist die Erteilung von Privilegien unzulässig.[9]

III. Für die Entstehung, Wirkung und Beendigung der Privilegien gilt folgendes:

1. Privilegien im eigentlichen Sinn können nur durch das Gesetz,[10] solche im uneigentlichen Sinn auch durch Verleihung seitens einer vom Gesetz delegierten Behörde entstehen.

Eine Entstehung durch Gewohnheitsrecht ist ebenfalls zulässig, da dieses Recht im allgemeinen dem Gesetz als Rechtsquelle gleichsteht.[11] Es ist zwar an sich streitig, ob auf diesem Gebiete sich ein Gewohnheitsrecht überhaupt bilden kann. Dies wird hier und da ver-

8) So kann es z. B. keinem Zweifel unterliegen, daß auf dem Gebiet des Wasserrechtes, des Jagdrechtes usw. seitens der Landesgesetzgebung Privilegien erteilt werden dürfen. Doch wird man auch annehmen müssen, daß, wenn z. B. das Reichsrecht gestattet (§ 90 G.B.O.), Grundstücke gewisser juristischer Personen vom Buchungszwang auszunehmen oder (Art. 92 E.G. z. B.G.B.) anzuordnen, daß Zahlungen aus öffentlichen Kassen an der Kasse in Empfang zu nehmen sind, dann auch das Landesrecht nur für einzelne bestimmt bezeichnete juristische Personen oder öffentliche Kassen dies im Wege des Privilegs anordnen kann. Allerdings wird man stets zu prüfen haben, ob die Absicht des Reichsgesetzgebers nicht dahin geht, lediglich eine generelle Ausnahme vom Reichsrecht zuzulassen. Doch wird man nicht sagen können, daß an sich eine Vermutung für oder gegen diese Annahme streitet.

9) So mit Recht Kisch S. 41, Kloß S. 19. Es ist nicht recht verständlich, wie Oertmann (S. 28) in Übereinstimmung mit Windscheid-Kipp (8. Aufl.) I S. 602 (in der 9. Aufl. I S. 688 stimmt Kipp mit der Ansicht überein) dazu kommt, die Erteilung von Privilegien in weiterem Umfange zuzulassen. Allerdings soll das landesrechtliche Privileg als Entstehungsgrund von Rechtsverhältnissen ausgeschlossen sein, wenn, wie es im Sachen- und Familienrecht der Fall sei, das B.G.B. die Entstehungsgründe exklusiv geregelt habe; doch sei auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse die Erteilung eines Privilegs denkbar. So könne sich der Staat z. B. vermögensrechtlich verpflichten, den Hinterbliebenen eines verdienten Beamten eine Rente auszusetzen. Dieser Fall ist in keiner Weise geeignet, die aufgestellte Behauptung zu beweisen. Denn einmal enthält er, wie sowohl Oertmann (S. 28 Anm. 5) als auch Kisch (S. 41 Anm. 12) zutreffend ausführen, gar kein Privileg. Sodann aber fällt dies Beispiel, wenn es nicht schon dem öffentlichen Recht angehört, jedenfalls unter den Vorbehalt des Art. 80 E.G. z. B.G.B. Es ist gar nicht abzusehen, wie das Landesrecht dazu befugt sein sollte, durch Privileg neue Entstehungsgründe von Schuldverhältnissen außerhalb des Vorbehaltsgebiets zu schaffen, während dies durch Landesgesetz zweifellos ausgeschlossen ist.

10) Vgl. Art. 62 Verf., der aber hier nicht ganz zutrifft, da er nur von der Erteilung „ausschließlicher Privilegien" handelt. Jedenfalls entscheidet hier der Grundsatz, daß Privatrechte nur durch Gesetz geschaffen werden können (vgl. § 5 II 1).

11) Vgl. § 8.

neint, da die bezüglich eines einzelnen Objekts oder Subjekts bestehende Übung regelmäßig für die Bildung eines Gewohnheitsrechts nicht ausreiche.[12] Für das Hamburger Recht ist aber die Möglichkeit der Entstehung eines Privilegs durch Gewohnheitsrecht hinsichtlich des Erbrechts verschiedener milder Stiftungen anerkannt worden.[13]

Eine Entstehung von Privilegien durch Vertrag ist nicht zulässig. Denn ein Vertrag mit dem Staat über gesetzgeberische Akte ist rechtlich nicht möglich. Die Gesetzgebung, die Quelle des Rechts, kann nicht der Norm eines Vertrages unterworfen sein.[14]

2. Der Umfang und die Wirkung des Privilegs richten sich nach dem Inhalt des staatlichen Akts, auf dem es beruht. Früher bestand im gemeinen Recht die Anschauung, daß Privilegien nicht ausdehnend, sondern einschränkend auszulegen seien. Dies hat seinen Grund darin, daß man Abweichungen vom gemeinen Recht nicht ausdehnen soll. Immerhin werden die allgemeinen Auslegungsgrundsätze auch hier Anwendung finden müssen.

Dies kommt insbesondere für die Frage in Betracht, inwieweit ein Privileg ein ausschließliches ist, d. h. ein Monopol begründet. Diese Ausschließlichkeit ist nicht zu vermuten. Wortlaut und Sinn des Aktes, auf welchem das Privileg beruht, entscheiden.[15]

3. Das gleiche gilt von der Beendigung des Privilegs. Die hauptsächlichsten Beendigungsgründe sind:

a) Wegfall der Voraussetzungen, unter denen das Privileg bestehen kann, Tod der berechtigten Person, Untergang des Objekts, Ablauf der Zeit usw.

b) Verzicht des Berechtigten.

c) Staatliche Entziehung.

---

12) Vgl. Seuff. Arch. 36 Nr. 172, 29 Nr. 209; weiter ebenda 18 Nr. 105, 19 Nr. 104, 21 Nr. 10. In einzelnen Entscheidungen wird die Möglichkeit der Bildung eines Gewohnheitsrechts zugegeben, doch wird der Unterschied zwischen Privileg und Sonderrecht (s. unter I) nicht überall auseinandergehalten.

13) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 202.

14) Vgl. Seuff. Arch. 19 Nr. 213, 41 Nr. 111; Kisch S. 42. In Hamburg sind Verträge zwischen dem Staat, vertreten durch die Finanzdeputation, und Privaten über die Benutzung öffentlicher Sachen nicht selten. Hierbei handelt es sich aber nicht um die Schaffung von Privilegien im Rechtssinne. Denn es wird nicht ein besonderes vom allgemeinen Recht abweichendes Recht geschaffen, wozu die Finanzdeputation gar nicht befugt sein würde, sondern nur ein subjektives persönliches Recht innerhalb und auf Grund der unverändert bleibenden Rechtsordnung.

15) Vgl. Dernburg I S. 73.

Ebenso wie das Privileg durch einen Rechtssatz entstehen kann, kann es durch einen solchen jederzeit zum Erlöschen gebracht werden. Ob eine Entschädigung des bisherigen Berechtigten eintreten muß, bestimmt sich nach dem Inhalt des Gesetzes, welches das Privileg aufhebt. Ist ein Anspruch auf Entschädigung durch das Gesetz nicht besonders ausgeschlossen worden, so muß er nach dem insoweit bestehen gebliebenen gemeinen Recht anerkannt werden.[16]

§ 7. Die Autonomie.[1]

I. Neben der staatlichen Rechtssetzung bildet die Autonomie eine Rechtsquelle. Autonomie bedeutet die Setzung von Rechtsnormen, die nicht vom Staate, sondern von einem besonderen Kreise im Staate ausgeht, der nicht mit dem Staate oder den staatlichen Organen identisch ist. In der autonomischen Satzung kommt nicht der Wille des Staates, sondern derjenige der besonderen Kreise zum Ausdruck, welche die Rechtsnormen setzen. Entscheidend für das Vorliegen autonomischer Rechtssatzungen ist, daß dieselben nicht nur bestimmte Kontrahenten, sondern wie das übrige objektive Recht jedermann verpflichten.

Das Recht der Autonomie ist mit der Zeit immer mehr zurückgetreten. Während es sich früher aus sich selbst heraus entwickelte, besteht es heute nur noch insoweit, als es vom Staat geduldet wird. Die Befugnis zur Autonomie leitet sich heute vom Staate her.

II. Fälle der Autonomie.

1. Ein Recht der Autonomie steht den Landgemeinden und den sog. Interessentschaften zu (Art. 99 der Verf.).[2]

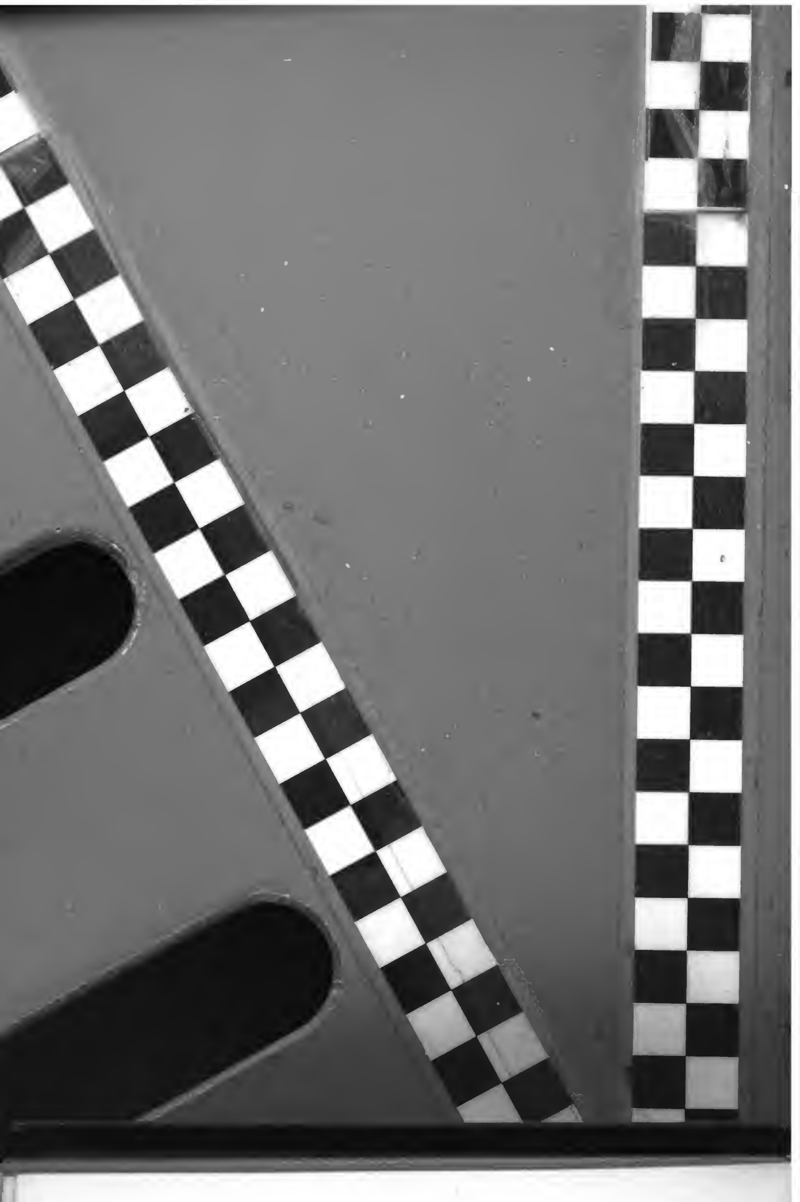
Die Gemeinden können in ihren Gemeindestatuten Vorschriften über die Gemeindeverfassung, insbesondere über die Gemeindewahlen und die Zuständigkeit der Gemeindeversammlung, gemeindepolizeiliche Anordnungen und auch Bestimmungen über die Verwaltung und Be-

---

16) So hat das R.G. in Entsch. 12 S. 3 in einer Hamburger Sache entschieden. Daß ein Privileg auch ohne Entschädigung durch das Gesetz aufgehoben werden kann, ist jedoch nicht zweifelhaft. Der Grundsatz, daß wohlerworbene Rechte nur gegen Entschädigung aufgehoben werden sollen, ist nur als eine allgemeine Norm aufzufassen, welche bei der Gesetzgebung beobachtet werden soll. Der Gesetzgeber kann sich aber hierüber hinwegsetzen. Hat er dies getan, so ist der Richter sicherlich nicht befugt, demjenigen eine Entschädigung zuzusprechen, dem bei Kränkung seines Rechts durch ein Gesetz eine solche im Gesetz versagt ist. (Vgl. R.G. in Seuff. Arch. 46 Nr. 164.)

1) Vgl. Dernburg I § 20; Crome, System I § 18.

2) Vgl. Landgemeindeordnung v. 12. Juni 1871 (Wulff I S. 70).



nutzung des Gemeindevermögens treffen und damit objektives Recht schaffen.

Das gleiche gilt von den sog. Interessentschaften, welche entweder nur einen Teil der Mitglieder einer Gemeinde oder Mitglieder mehrerer Gemeinden umfassen, und verschiedene Zwecke, Armenunterstützung, Schulunterhaltung, Schleusenordnung, Benutzung von Gemeindeländereien usw. verfolgen.[3] Diese können die sie betreffenden Angelegenheiten mit rechtssetzender Wirkung regeln.

Eine besondere Bedeutung haben die Deichgenossenschaften. Wenn auch die wichtigsten Bestimmungen in Deichangelegenheiten von der staatlichen Deichbehörde getroffen werden, so steht doch dem Deichvorstande und den Deichinteressenten in gewissen Fällen ein Recht zu, autonomische Normen aufzustellen.[4]

Sodann kommen noch in Betracht die Löschverbände, welche auf dem Gebiet des Feuerlöschwesens Anordnungen treffen können.[5]

Daß in allen diesen Fällen dem Staate eine gewisse Kontrolle der gefaßten Beschlüsse zusteht, ändert an dem Bestehen eines Rechts zu autonomischer Rechtssetzung nichts.

2. Die anerkannten Religionsgemeinschaften[6] besitzen das Recht der Autonomie in ihren kirchlichen Angelegenheiten (Art. 96 Verf.). Auf welche Gegenstände sich das Recht im einzelnen erstreckt, ist nicht gesagt. Zunächst bezieht es sich jedenfalls auf die eigentliche Religionsübung, auf die Berechtigung zur Teilnahme an den kirchlichen Handlungen usw., sodann aber auch auf die der Religionsübung dienende Vermögensverwaltung,[7] die Verwendung der Kirchengüter usw.

Auch hier übt der Staat ein Oberaufsichtsrecht aus.

3. Von den übrigen öffentlichrechtlichen juristischen Personen[8] wird man ein Recht der Autonomie innerhalb gewisser Grenzen der Hamburger Handelskammer zuzuerkennen haben, welcher

3) Vgl. insbesondere Art. 19, 20 der Landg.Ordn.

4) Vgl. insbesondere § 17 Deichordn. v. 4. März 1889.

5) Vgl. § 13 Ges. wegen des Feuerlöschwesens v. 2. März 1868.

6) Vgl. § 26.

7) Ein Besteuerungsrecht gehört dazu allerdings nur, falls es der Religionsgemeinschaft vom Staate ausdrücklich eingeräumt worden ist (vgl. Beibl. 1898 Nr. 9). Dies ist geschehen für die evangelisch-lutherische Kirche, die katholische Kirchengemeinde und die israelitische Gemeinde.

8) Private Vereine haben kein Recht der Autonomie. Ihre Statuten sind keine Rechtsnorm, denn sie regeln die Rechtsverhältnisse des Vereins nur innerhalb des objektiven Rechts (vgl. Crome I S. 93; Stobbe, Deutsches Privatrecht I S. 160).

durch die Gesetzgebung das Recht gegeben worden ist, für gewisse Fälle autonome Rechtsnormen aufzustellen. Diese Fälle betreffen vor allem die Anstellung von gewissen Arten von Sachverständigen, sowie die Aufstellung von Gebührentaxen für dieselben.[9] Die Taxen bedürfen zur Rechtsgültigkeit teilweise einer Genehmigung des Senats.

III. Die autonome Rechtssatzung muß sich einmal innerhalb des ihr vom Landesrecht zugewiesenen Rahmens halten, darf aber auch weiter nicht gegen das Reichsrecht verstoßen. Sie ist also nur auf dem Gebiet des Vorbehaltsrechts zulässig.[10]

§ 8. Das Gewohnheitsrecht.[1]

I. Geltung des Gewohnheitsrechts.

1. Das Gewohnheitsrecht hat in Hamburg von jeher in anerkannter Geltung gestanden. Im Epilog zum Stadtrecht von 1603 wird auf das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle ausdrücklich hingewiesen. Es ist eine dem Stadtrecht vollkommen gleichstehende Rechtsquelle, welche insbesondere dem gemeinen Recht vorgeht.[2] Daher hat das Gewohnheitsrecht, wie es sich namentlich durch den Gerichtsgebrauch bildete, zur Entwicklung des Hamburgischen Privatrechts erheblich beigetragen.[3] Irgendwelchen Beschränkungen unterlag die Wirksamkeit des Gewohnheitsrechts nicht.

---

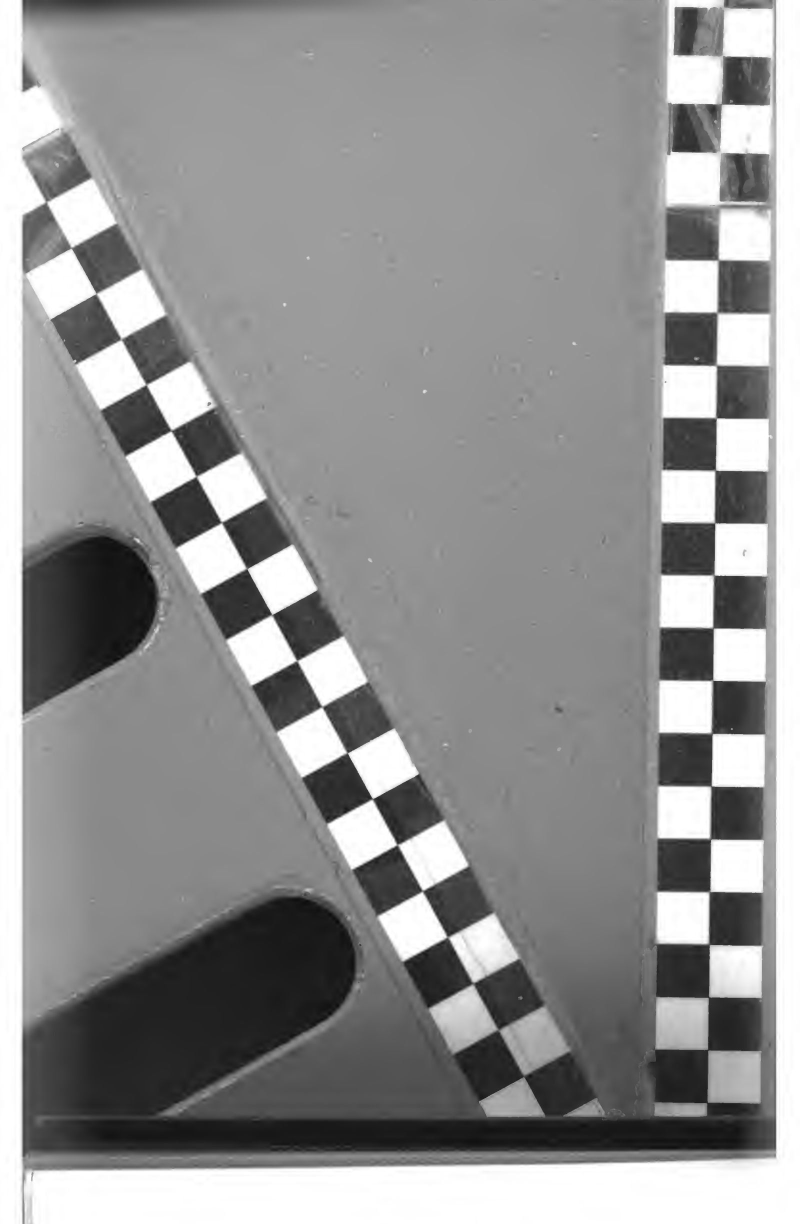
9) Vgl. §§ 3—4 Ges. betr. Aufhebung des Instituts der beeid. Mäkler und Ernennung von beeid. Auktionatoren v. 20. Dez. 1871, (§§ 1—6 eines voraussichtlich demnächst zu veröffentlichenden neuen Gesetzes). Die bedeutendste Rechtsnorm, die von der Handelskammer auf Grund dieser Berechtigung aufgestellt worden ist, ist die mit Genehmigung des Senats festgestellte Mäklergebührentaxe v. 28. Dez. 1874 (Wulff I S. 351). Vgl. im übrigen § 50.

10) Zu dem eigentlichen Vorbehaltsrecht gehören auch die Bestimmungen über die Aufstellung von Taxen, da dieselben nach der G.O. (§§ 78, 36) vom Reichsrecht ausgenommen sind. Für das bürgerliche Recht kommen diese Vorschriften unter dem Gesichtspunkte in Betracht, daß das B.G.B. an sie gewisse privatrechtliche Folgen knüpft (vgl. § 1 II 2).

1) Vgl. Dernburg I § 28; Crome, System I § 17; Kisch S. 56; Oertmann S. 32; Kloß S. 18.

2) Vgl. Baumeister I S. 14, Niemeyer S. 12 und die Worte des Epilogs: „Wie wir denn kraft dieses solche alte redliche Gewohnheiten konfirmieren und bestätigen und verordnen, daß solche vorgedachte erwiesene ehrbare Gewohnheiten diesem Stadtrecht gleichgelten und in Erörterung der streitigen Sachen in Acht genommen werden sollen."

3) Z. B. hat sich durch Gewohnheitsrecht der Satz entwickelt, daß bei Wertverminderung von Grundstücken infolge baulicher Beschränkungen und Straßenbauten der Staat zur Entschädigung verpflichtet ist (vgl. Beibl. 1888 Nr. 27), was im gemeinen Recht stark bestritten ist und meistens verneint wird. Auch die Qualifizierung des „Nachlasses" als Rechtssubjekt beruht auf einer von deutschrechtlichen Auffassungen ausgehenden gewohnheitsrechtlichen



Da das Reichsrecht sich mit den Quellen des Landesprivatrechts an sich nicht befaßt, kann auf dem Gebiete des Vorbehaltsrechts das Gewohnheitsrecht nach wie vor, in demselben Umfange wie früher, rechtsbildend auftreten.

2. Die Frage, inwieweit das bürgerliche Reichsrecht von dem Gewohnheitsrecht beeinflußt wird, gehört eigentlich nicht in diese Darstellung, soll aber kurz gestreift werden.

Grundsätzlich kann, ebenso wie sonstiges Landesrecht, das Landesgewohnheitsrecht das Reichsrecht nicht brechen. Gegenüber dem geltenden Reichsrecht kann sich ein partikuläres Gewohnheitsrecht nicht bilden, auch nicht zur Ergänzung des Reichsrechts.[4] Das entpricht dem allgemeinen Grundsatz, daß Reichsrecht dem Landesrecht vorgeht.[5]

Dagegen kann das Reichsrecht durch ein sich bildendes Reichsgewohnheitsrecht durchbrochen werden. Ein solches Gewohnheitsrecht kann die Reichsgesetze ergänzen, ändern und außer Kraft setzen, ebenso wie die Reichsgesetzgebung.[6]

Entwicklung (vgl. Beibl. 1886 Nr. 70), ebenso die Festsetzung der Provision des Testamentsvollstreckers in Höhe von 2 % des Nachlasses (vgl. Beibl. 1889 Nr. 6), die Zulässigkeit formloser Nachzettel zum Testament (vgl. Beibl. 1896 Nr. 64) usw.

4) Selbstverständlich immer nur unter der Voraussetzung, daß eine solche Ergänzung des Reichsrechts dem Landesrecht überhaupt nicht zusteht. Wo eine solche Ergänzung gestattet ist, kann sie ebensowohl durch Gewohnheitsrecht als durch Gesetz erfolgen.

5) Von einem anderen Standpunkt geht Cosack (Lehrbuch I § 10) aus, indem er in jeder Beschränkung des in der ihm ureigenen Kraft über die Gemüter seinen Grund habenden Gewohnheitsrechts durch den Gesetzgeber eine Überschreitung der Zuständigkeit des Gesetzgebers erblickt. Infolgedessen könne bei genügender tatsächlicher Macht Gewohnheitsrecht jeder Art, auch partikuläres, sich in jeder Materie bilden und auch Reichsgesetze aufheben. Diese Ansicht verkennt aber den Unterschied zwischen der Ordnung und dem Range der verschiedenen Rechtsquellen. Sie kann nur unter der Voraussetzung Geltung beanspruchen, daß zunächst der Art. 2 der Reichsverf., nach welchem Reichsrecht dem Landesrecht vorgeht, durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht außer Kraft gesetzt ist. Solange dies nicht der Fall ist, kann dem partikulären Gewohnheitsrecht gegenüber dem Reichsrecht keine stärkere Kraft beiwohnen, als dem Landesgesetz. In dieser für das Landesprivatrecht sehr wichtigen Frage steht die Mehrzahl der Schriftsteller entschieden auf dem obigen Standpunkte. Vgl. Dernburg I S. 75; Crome I S. 85; Eck, Vorträge I S. 23; Oertmann S. 33; Kisch S. 57; Dorner-Seng S. 16.

6) Ursprünglich (vgl. Entw. I des B.G.B. § 2) sollten Gewohnheitsrechte nur gelten, soweit das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verwies. Doch ist dieser Satz gestrichen und hat man es den jeweils im öffentlichen Leben herrschenden Anschauungen überlassen wollen, zu entscheiden, inwieweit ein gemeines Gewohnheitsrecht geeignet ist, das geschriebene Reichsrecht zu durchbrechen (vgl. Prot. z. Entw. II des B.G.B. VI S. 362).

3. Die Kraft des Landesgewohnheitsrechts hinsichtlich des vorbehaltenen Rechtsgebietes besteht fort. Das Gewohnheitsrecht ist hier nicht nur in Kraft geblieben, soweit es am 1. Januar 1900 bestand, sondern es kann auch fortdauernd ebenso wie früher neue Rechtsnormen bilden. Namentlich kann sich das Gewohnheitsrecht auch innerhalb kleinerer Kreise entwickeln.

II. Voraussetzungen und Beweis für die Bildung eines partikularen Gewohnheitsrechts.

1. Die Voraussetzungen sind für das Hamburgische Recht die gemeinrechtlichen:

a) Es muß eine Übung vorliegen, in welcher der Ausdruck einer gemeinsamen Rechtsüberzeugung des Volkes oder des kleineren Kreises des Volkes, für welchen das Gewohnheitsrecht behauptet wird, gefunden wird. Es muß also die Übung aus einer rechtlichen Überzeugung, d. h. aus der Überzeugung des Handelnden von ihrer rechtlichen Notwendigkeit hervorgegangen sein.[7] Die Übung darf nicht auf einer bloß irrtümlichen Gesetzesauslegung beruhen, wohl aber kann ein Gewohnheitsrecht dadurch entstehen, daß sich in Ergänzung des Gesetzes eine mit dem ursprünglichen Sinn desselben im Widerspruch stehende Übung bildet.[8]

b) Die Übung muß eine gleichmäßige sein. Dadurch soll die innere Überzeugung in die äußere Erscheinung treten, der Satz des Gewohnheitsrechts als Rechtssatz erkennbar gemacht und verkörpert werden. Es darf also der Akt der Übung nicht durch Akte der Nichtübung oder einer entgegengesetzten Übung aufgewogen werden.

c) Die Übung muß eine längere sein, da nur dadurch die erforderliche Rechtsüberzeugung klar in die Erscheinung tritt. Doch ist nicht direkt erfordert, daß die Übung eine langjährige ist, denn je nach der Sachlage ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß eine neue Rechtsüberzeugung in einer wenige Jahre, also immerhin längere Zeit dauernden Übung überzeugenden Ausdruck gefunden hat.[9]

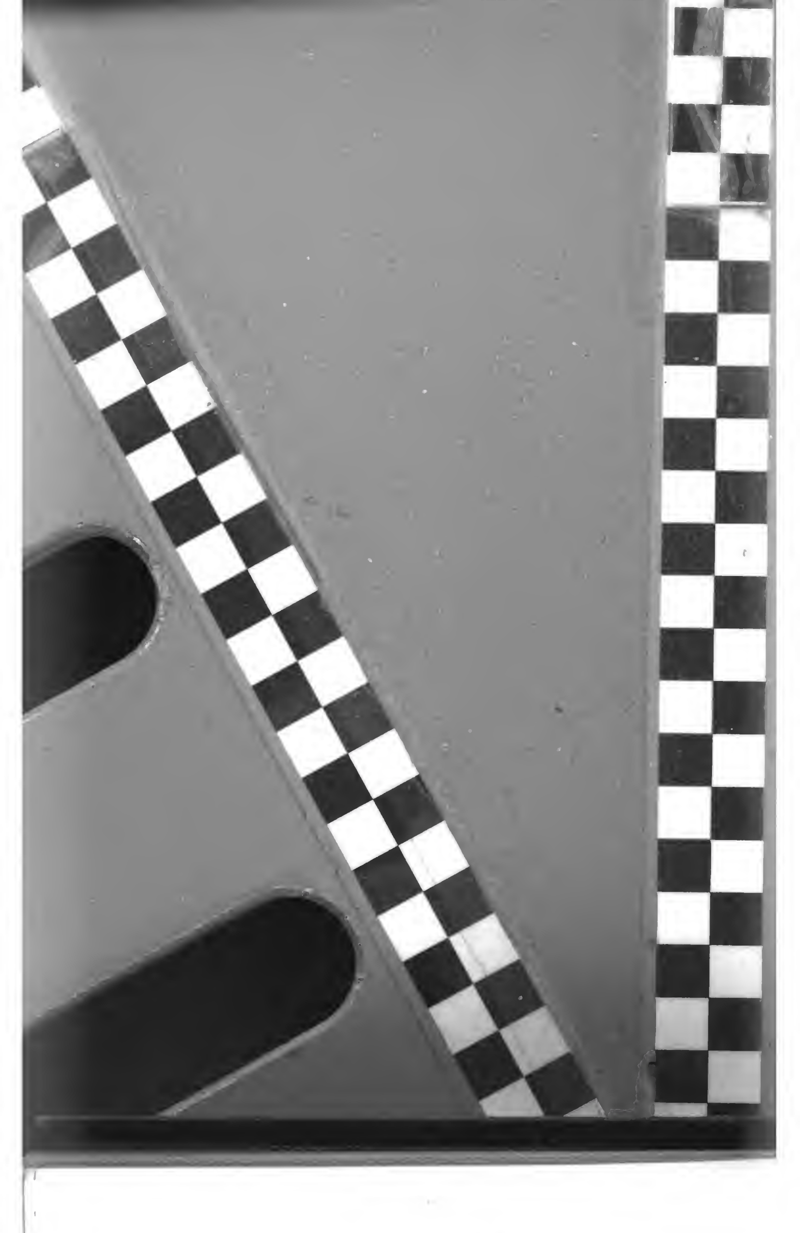
d) Die Gewohnheit darf nicht gegen die Vernunft und die guten Sitten verstoßen. Dieses Erfordernis ist im Epilog des

---

7) Vgl. insbes. R.G. in Seuff. Arch. 47 Nr. 89; Entsch. d. R.G. 12 S. 292; 20 S. 305; Hauptbl. 1883 Nr. 123; 1891 Nr. 95; Seuff. Arch. 36 Nr. 172.

8) Diese Frage ist an sich sehr bestritten. Dafür, daß sich auch durch eine rechtsirrtümliche Übung ein Gewohnheitsrecht bilden kann, vgl. Beibl. 1892 Nr. 79, 123, im Sinne obiger Meinung vgl. Beibl. 1889 Nr. 57, 1890 Nr. 18, 1903 Nr. 67, 132.

9) Vgl. R.G. in Seuff. Arch. 47 Nr. 90.



Statuts ausdrücklich hervorgehoben, indem dort von „ehrbaren“ Gewohnheiten gesprochen wird.

2. Den Beweis des Bestehens eines Gewohnheitsrechts hat diejenige Partei zu führen, die sich darauf beruft. Der Beweis muß alle vorstehend festgestellten Erfordernisse des Gewohnheitsrechts umfassen. Der Beweisführer braucht aber nicht einzelne Tatsachen, aus denen sich die erforderliche Gewohnheit ergeben soll, unter Beweis zu stellen. Vielmehr genügt die allgemeine Beweisantretung durch Sachverständige über alle Erfordernisse für die Annahme eines Gewohnheitsrechts, da das Gewohnheitsrecht jus ist und nach § 293 Z.P.O. das Gericht bei der Ermittelung des Gewohnheitsrechts von Amts wegen mitzuwirken hat.[10]

Der Beweis eines ständigen Gerichtsgebrauchs genügt an sich nicht zum Nachweise des Gewohnheitsrechts. Denn die fortdauernde Übung der Gerichte kann auf einer irrtümlichen Rechtsanwendung beruhen. Sie kann aber zur Bildung eines Gewohnheitsrechts führen, wenn hinzukommt, daß das Volk die in den Urteilen der Gerichte zum Ausdruck kommende Rechtsanschauung in sich aufgenommen und sich ihr anbequemt hat. Der Gerichtsgebrauch an sich ist keine Rechtsquelle.[11]

III. Die Wirkung des Gewohnheitsrechts ist dieselbe wie die des sonstigen objektiven Rechts. Es kann alles objektive Recht, auf welcher Rechtsquelle dasselbe auch beruhen mag, beseitigen, sei es, daß es einfach die Nichtanwendung einer bisherigen Rechtsnorm anordnet oder daß es positives neues Recht an die Stelle des bisherigen setzt. Es kann aber auch bloß ergänzende Rechtsnormen für das bestehende Recht schaffen.

IV. Was für das bürgerliche Recht im allgemeinen gilt, gilt auch für das Handelsrecht.

1. Demnach kann sich seit dem 1. Januar 1900 auf dem Gebiete des Handelsrechts ein partikuläres oder örtliches Gewohnheitsrecht nicht mehr bilden, während nach dem alten Handelsgesetzbuch das Gewohnheitsrecht, auch das partikulare, als Rechtsquelle anerkannt war, und zwar derart, daß es der Reihenfolge nach hinter dem Gesetzbuch, aber vor dem bürgerlichen Recht zur Anwendung kam. Das frühere Handels-

10) Vgl. Entsch. d. R.G. 30 S. 368; Beibl. 1892 Nr. 123; 1893 Nr. 28.
11) Vgl. Entsch. d. R.G. 1 S. 313, 3 S. 210, 6 S. 226, auch 5 S. 372; Beibl. 1888 Nr. 84; Seuff. Arch. 47 Nr. 120; Puchta, Gewohnheitsrecht II S. 214; Crome, System I S. 86.

gewohnheitsrecht ist, soweit es sich nicht auf Fragen des Vorbehaltsrechts bezieht, außer Kraft getreten.[12]

Reichsgewohnheitsrecht kann sich auch auf dem Gebiete des Handelsrechts bilden.

2. Kein Gewohnheitsrecht stellen die Geschäfts- oder Handelsgebräuche[13] — die Usancen — dar. Dieselben enthalten gewisse tatsächliche Gepflogenheiten, die beim Abschluß der Geschäfte beobachtet werden und welche daher im Zweifel als ein Bestandteil der Willenserklärungen der Kontrahenten anzusehen sind. Ob die Beteiligten die Usancen im einzelnen gekannt haben, ist unerheblich, vielmehr ist im Zweifel anzunehmen, daß sie das im Verkehr übliche gewollt haben.[14] Dies ist auch darin zum Ausdruck gekommen, daß nach §§ 157, 242 B.G.B. Verträge so auszulegen und Schuldverbindlichkeiten so zu erfüllen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, und daß § 346 H.G.B. vorschreibt, daß in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen unter Kaufleuten auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen ist.

Eine besondere Art von Handelsgebräuchen sind die „Börsenusancen", welche in bezug auf den Effektenhandel am 18. November 1898 von der Hamburger Handelskammer als „Allgemeine Bestimmungen für den Handel mit Wertpapieren, gültig vom 1. Januar 1899",[15] bekannt gemacht worden sind. Diese Börsenbedingungen stellen kein objektives Recht, sondern nur Geschäftsgebräuche, Verkehrssitten dar, welche von jedem Börsenbesucher beobachtet zu werden pflegen, so daß auf Grund der §§ 157, 242 B.G.B.

12) Als Handelsgewohnheitsrecht gelten die Löschusancen für oberelbische Fahrzeuge v. Sept. 1880 und die Lösch- und Ladegebräuche für unterelbische Fahrzeuge und Schleppkähne v. 1. Sept. 1889 (Hauptbl. 1891 Nr. 45). Dieselben sind daher jetzt als solche außer Kraft getreten, auch soweit sie nicht schon durch das Inkrafttreten des Binnenschiffahrtsges. (vgl. Bek. der Handelsk. vom 28. Dez. 1895, Ges.Samml. 1895 II S. 171) ihre Bedeutung verloren hatten. Als Handelsgebräuche können sie eine gewisse Bedeutung behalten haben.

13) Allerdings ist hier der Ausdruck Handelsgebräuche nicht im Sinne des Art. 1 des früheren H.G.B. aufzufassen, in welchem er nach der herrschenden und zutreffenden Ansicht als Handelsgewohnheitsrecht auszulegen war.

14) Vgl. Dernburg I S. 77; Crome I S. 87; Kisch S. 60; Entsch. des R.O.H.G. 6 S. 78, 7 S. 11, 11 S. 243.

15) Vgl. Wulff I S. 335. Die Börsenusancen enthalten Bestimmungen über Preise, Zinsen, Dividenden; die Umrechnung von meist auf Reichsmark lautenden Wertpapieren; die Lieferung und Lieferbarkeit der Wertpapiere; die Abnahme oder Lieferung der Wertpapiere durch einen Dritten; die Umtausch-

nach Treu und Glauben anzunehmen ist, daß der Börsenbesucher sich ihnen beim Abschluß des Geschäfts unterworfen hat. Daß auch nach der Überzeugung der Handelskreise die Usancen nicht als objektives Recht, sondern mit Rücksicht auf die Unterwerfung der Parteien unter die Bedingungen für die Geschäfte maßgebend sind, ergibt sich daraus, daß nach X der Bedingungen alle Schlußnoten im Texte die Anerkennung der allgemeinen Bestimmungen durch eine Klausel auszudrücken haben, daß das Geschäft in Gemäßheit der allgemeinen Bestimmungen für den Handel mit Wertpapieren abgeschlossen sei. Eine solche Anerkennung würde nicht erforderlich sein, wenn die Usancen nach der Ansicht der Handelskreise ein objektives Gewohnheitsrecht darstellten.[16]

---

und Ersatzpflicht bei gelieferten Wertpapieren; Bezugs- und sonstige Rechte, die während der Dauer eines Zeitgeschäfts entstehen; Prämien- und Stellagegeschäfte, Geschäfte mit Nachlieferung oder Nachforderung und mit Kündigung; den Handel mit Zins- und Dividendenscheinen, ausgelosten und gekündigten Wertpapieren; Schlußnoten und Schlußnotenstempel; Verzug in der Lieferung bezw. Abnahme gehandelter Wertpapiere, Zahlungseinstellungen; bestrittene Geschäfte; die Rechnungsführung der Sachverständigen-Kommission für den Effektenhandel und die Einsetzung eines Schiedsgerichts zur Entscheidung streitiger Fälle.

16) Dies ist auch die herrschende Ansicht, wie sie u. a. an den in Anm. 14 mitgeteilten Stellen vertreten wird und insbesondere vom R.O.H.G. konsequent ausgeführt worden ist. Dagegen sind neuerdings zwei Gegenmeinungen aufgetreten. Zunächst betrachtet Staub (6./7. Aufl. I S. 10) die Usancen als Handelsgewohnheitsrecht, das jetzt innerhalb des Rahmens der §§ 157, 242 B.G.B. sich bilden könne. Früher habe er in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung die Usancen lediglich als Verkehrssitten angesehen, weil sie zahlreiche Abweichungen vom geschriebenen Recht enthielten, was nach Art. 1 des alten H.G.B. ihrem Charakter als Gewohnheitsrecht entgegengestanden habe; diese Schranke sei jetzt fortgefallen. Diese Argumentation ist nicht stichhaltig. Die Börsenusancen haben ihren rechtlichen Charakter seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts ebensowenig verändert, wie das Gewohnheitsrecht. Wurden sie früher nicht in der Überzeugung einer Rechtspflicht befolgt, so kann man das auch heute nicht annehmen. Daß sie früher als Gewohnheitsrecht keine rechtliche Bedeutung gegenüber den Bestimmungen des H.G.B. gehabt haben würden, kann doch die Frage nicht beeinflussen, welchen rechtlichen Charakter sie heute haben. Vielmehr muß man sagen, daß die Börsenusancen, weil sie nach einer jahrzehntelangen Übung kein Handelsgewohnheitsrecht, sondern lediglich eine Verkehrssitte dargestellt haben, auch heute ebenso als solches anzusehen sind. Daher braucht auf die Frage, ob überhaupt sich auf Grund der §§ 157, 242 B.G.B. ein Gewohnheitsrecht bilden kann, hier nicht eingegangen zu werden. — Cosack (Lehrbuch des Handelsrechts 4. Aufl. S. 364) behauptet dagegen, daß die Usancen autonomes Recht seien. Wenn dies der Fall wäre, so würden sie jedenfalls ungültig sein, soweit sie mit dem Handelsgesetzbuch in Widerspruch stehen. Denn ebensowenig wie durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht kann durch Autonomie einzelner Kreise das Reichsrecht durchbrochen werden (vgl. S. 55). Aber auch an sich besteht keine Ermächtigung für die Handelskammer, auf diesem Gebiete objektives Recht zu schaffen.

§ 9. Örtliche und zeitliche Kollision im Landesprivatrecht.

I. Das Reichsrecht enthält nur einzelne Bestimmungen über die örtliche Kollision der Statuten.[1] Einerseits regelt es grundsätzlich nur dies Verhältnis zwischen deutschem und ausländischem Recht, andererseits regelt es dies Verhältnis nur in einzelnen Beziehungen. Es fragt sich, ob und inwieweit diese Lücken aus dem Landesrecht zu ergänzen sind.

1. Das internationale Landesprivatrecht ist als solches durch Art. 55 E.G. z. B.G.B. aufgehoben worden. Es ist der Versuch gemacht worden, die Aufrechterhaltung des internationalen Privatrechts vom Gesichtspunkte seines etwaigen öffentlichrechtlichen Charakters zu verteidigen.[2] Diese Auffassung erscheint nicht zutreffend. Denn das internationale Privatrecht bildet eine Ergänzung des Privatrechts, indem es vorschreibt, daß für diesen oder jenen Fall auf ein privates Rechtsverhältnis eine Vorschrift des einheimischen Rechts Anwendung zu finden habe oder daß diese Anwendung ausgeschlossen sein solle. Demnach haben auf das internationale Privatrecht dieselben Bestimmungen Anwendung zu finden, wie auf das sonstige Landesprivatrecht.

2. Daraus folgt zunächst, daß eine Ergänzung des Reichsrechts aus dem Landesrecht nicht zulässig ist. Soweit das internationale Privatrecht des E.G. über das Verhältnis des deutschen zum ausländischen Recht Bestimmungen nicht enthält, ist es durch die Wissenschaft aus seinen eigenen Grundsätzen zu ergänzen. Eine Ergänzung des Reichsrechts kann naturgemäß auch nicht durch neues Landesrecht erfolgen.[3]

3. Eine Kollision der einzelstaatlichen Rechtsnormen kann nur auf dem Gebiete des vorbehaltenen Rechts erfolgen.

a) Für einzelne Fälle setzt das Reichsrecht selbst die Kollisionsnorm fest, z. B. für die Zuständigkeit bez. der Verleihung der Rechtsfähigkeit an einen Verein (§ 22 B.G.B.), bez. der Genehmigung

---

1) Vgl. Art. 7—31 E.G. z. B.G.B. Die 2. Kommission hatte eine vollständigere Regelung des internationalen Privatrechts in einem 6. Buche des B.G.B. vorgeschlagen. Doch verwies der Bundesrat die betr. Vorschriften in das E.G. und strich dabei eine ganze Anzahl derselben. Vgl. Planck VI Vorbem. zu Art. 7—31 Anm. 1.

2) Vgl. Zitelmann, Internat. Privatrecht I S. 198 ff.

3) Vgl. Planck VI Vorbem. zu Art. 7—31 Anm. 4; Oertmann S. 42; Kisch S. 52.

einer Stiftung (§ 80 B.G.B.), oder der Ausgabe von Schuldverschreibungen auf den Inhaber (§ 795 Abs. 2 B.G.B.).[4]

b) Im übrigen kann das Landesrecht besondere Kollisionsnormen auf diesem Rechtsgebiete aufstellen. Dies ist anläßlich des Inkrafttretens des B.G.B. in Hamburg für das Privatrecht nur in sehr beschränktem Umfange geschehen, nämlich hinsichtlich des Übergangsrechts für die alten Ehen.[5] Dagegen enthält das öffentliche Hamburgische Recht eine große Anzahl von Kollisionsnormen.[6]

c) Soweit das Landesrecht besondere Vorschriften nicht getroffen hat, sind die früheren Vorschriften insoweit bestehen geblieben, als sie einen Teil der vorbehaltenen Materie selbst bilden (s. S. 8).[7] Dies gilt z. B. für die Bestimmung des Begriffs der „Hamburgischen" und „nichthamburgischen" Ehe nach dem Güterstandsgesetz; derselbe entscheidet sich nicht nach der Staatsangehörigkeit, sondern nach dem ersten ehelichen Domizil, wie es im früheren Recht der Fall war.

Im übrigen sind die Kollisionsnormen auch für das Landesrecht aus dem Reichsrecht zu ergänzen. Dabei haben aber nicht die Art. 7—31 E.G. z. B.G.B. einfach zur Anwendung zu kommen, denn diese sollen keine allgemeine Regelung des internationalen Privatrechts, sondern nur eine solche des Rechtes des Deutschen Reichs zu demjenigen des Auslandes enthalten.[8] Es lassen sich aber aus diesen Bestimmungen einige allgemeine Grundsätze ableiten, welche nunmehr als der Anschauung des Reichsgesetzgebers entsprechend anzusehen sind.

Besonders hervorzuheben sind folgende Grundsätze:

α) Persönliche Eigenschaften bestimmen sich nicht mehr wie nach dem bisher geltenden Rechte nach dem Wohnsitz, sondern nach der Staatsangehörigkeit.[9]

---

4) Vgl. ferner §§ 1322, 1723, 1745 B.G.B.

5) Hierüber s. unten §§ 112, 113. An und für sich war das Hamburgische Recht nicht gehindert, Vorschriften für die alten Hamburgischen und die in seinem Gebiet befindlichen alten nichthamburgischen Ehen zu treffen, da das Recht der alten Ehen vollständig dem Landesrecht unterstellt ist.

6) Vgl. z. B. § 1 Einkommensteuerges. v. 2. Febr. 1903, § 1 Erbschaftssteuerges. v. 2. März 1903, § 3 Ges. betr. die Stempelabgabe v. 11. Dez. 1903, § 1 Grundsteuerges. v. 4. Juli 1881, § 1 Ges. über die Erhebung einer Hundesteuer v. 14. Juli 1905 usw.

7) Vgl. auch Oertmann S. 41; Kisch S. 53.

8) Vgl. Kisch S. 53, a. M. Planck VI Vorbem. zu Art. 7—31 E.G. Anm. 6.

9) Vgl. auch Entsch. des R.G. 62 S. 403.

β) Das Liegenschaftsrecht bestimmt sich im weitesten Sinne nach dem Recht der belegenen Sache. So kommen z. B. die Vorschriften der §§ 28—68 über das Sachenrecht, die Vorschriften über die Grundbücher und die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nur für im Hamburgischen Staatsgebiete belegene Grundstücke zur Anwendung.[10]

γ) Die Form der Rechtsgeschäfte richtet sich nach dem Recht, welches für das Rechtsgeschäft bestimmend ist. Doch genügt es, daß das Rechtsgeschäft nach dem Gesetze des Ortes seiner Errichtung formgültig war. Dies kommt besonders in Betracht für die verschiedenen Vorschriften der Landesgesetze über die Beurkundung und Beglaubigung.[11] Eine außerhalb Hamburgs vorgenommene gerichtliche Beglaubigung oder Beurkundung ist, falls sie nach den dort geltenden Vorschriften zulässig war, auch dann in Hamburg gültig, wenn nach dem Hamburgischen Recht die Gerichte für solche Rechtshandlungen nicht zuständig sind.

δ) Die Vertragsverpflichtungen richten sich in erster Linie nach der Bestimmung der Parteien, in zweiter nach dem Personalstatut des Schuldners.[12]

Bezüglich der Verpflichtungen aus unerlaubten Handlungen, z. B. aus Weidefreveln, ist der Ort der Verübung maßgebend.

ε) Die Verjährung bestimmt sich nach dem für das Rechtsverhältnis maßgebenden Recht. So kommen z. B. die Vorschriften über die abgekürzte Verjährung bez. der Rückforderung gewisser Zahlungen

---

10) Dazu gehört auch die Vorschrift des § 74 A.G. z. B.G.B. über mündelsichere Hypotheken. Weiter betreffen die Bestimmungen des Jagd- und Fischereirechts nur Hamburgische Grundstücke. Die Beschränkung der Vorschrift des § 18 A.G. z. G.B.O. bez. der Ausnahme von der Buchungspflicht auf Grundstücke des Hamburgischen Fiskus, der Hamburgischen Gemeinden usw. folgt nicht unmittelbar aus dem Recht der belegenen Sache. Denn dieses fordert nur, daß die fragl. Grundstücke im Hamburgischen Staatsgebiet liegen müssen. Dagegen folgt die Beschränkung daraus, daß derartige, auf dem öffentlichen Recht beruhende Vorschriften von den Bundesstaaten nur für die öffentlichen juristischen Personen ihres Staatsgebietes getroffen zu werden pflegen.

11) Vgl. §§ 29—32.

12) Vgl. Entsch. des R.G. 61 S. 343, 62 S. 380, wo insbesondere die von Dernburg (I § 40 III) vertretene Lehre, daß im Zweifel der Erfüllungsort entscheidet, scharf zurückgewiesen wird. Aus der Absicht der Parteien kann sich aber ergeben, daß der Erfüllungsort entscheiden soll.

vom Fiskus [13] auch zur Anwendung, wenn der Gläubiger des Fiskus außerhalb Hamburgs wohnt.

II. Ebensowenig wie über die örtliche Kollision der Landesrechte enthält das Reichsrecht Vorschriften über die zeitliche Herrschaft der Gesetze im allgemeinen. Es bestimmt nur im einzelnen über die Einwirkung des Inkrafttretens des neuen bürgerlichen Reichsrechts auf das Landesrecht.

Auch in bezug auf das zeitliche Verhältnis der Gesetze zueinander ist das Landesprivatrecht gemäß Art. 55 E.G. z. B.G.B. außer Kraft getreten und sind nunmehr die allgemeinen Grundsätze über die Frage, welches von zwei zu verschiedenen Zeitpunkten in Kraft getretenen Landesgesetzen ein bestimmtes Rechtsverhältnis regelt, aus dem Reichsrecht abzuleiten; dabei ist es freilich dem Landesrecht überlassen, auf dem Gebiet des Vorbehaltsrechts auch die Einwirkung eines neuen Gesetzes auf das frühere Recht und auf die nach dem letzteren entstandenen Rechtsverhältnisse durch besondere Vorschriften zu regeln.

Hervorzuheben ist im einzelnen folgendes:

1. Die Bestimmung des Zeitpunktes, an welchem ein Gesetz an sich in Kraft tritt, ist eine staatsrechtliche Frage, welche oben (s. S. 42) erörtert worden ist. Soweit ein Gesetz zur Ausführung eines anderen Gesetzes erlassen worden ist, muß es gleichzeitig mit letzterem in Kraft treten. So sind die Ausführungs- und Übergangsgesetze zum Bürgerlichen Gesetzbuch, abgesehen von denjenigen, welche mit der Einführung des Grundbuchs in unmittelbarem Zusammenhang stehen, und den §§ 5, 48 des A.G. z. B.G.B. am 1. Januar 1900 in Kraft getreten.[14]

2. Der Grundsatz lex posterior derogat priori hat allgemeine Geltung. Danach werden ältere Rechtsnormen durch jüngere verdrängt, soweit letztere den ersteren widersprechen. Diese Aufhebung braucht keine ausdrückliche zu sein.

3. Das in Kraft tretende Gesetz hat in der Regel keine rückwirkende Kraft, d. h. es bezieht sich nicht auf Tatbestände und Rechtsverhältnisse, die schon vorher entstanden sind. Dieser Grundsatz ist im B.G.B. nicht ausdrücklich ausgesprochen, doch muß er sowohl für das frühere wie für das heutige Recht als maßgebend gelten. Denn an sich hat ein Gesetz nur den Willen, für die Gegenwart und Zukunft,

13) Vgl. § 35 II.
14) Vgl. S. 24.

nicht aber für die Vergangenheit Vorschriften aufzustellen. Der Staat als Hüter der Rechtsordnung würde mit sich selbst in Widerspruch treten, wenn er unter dem Schutze der Gesetze und deren Garantie erworbenen und begründeten Rechten später ihre Wirksamkeit willkürlich entziehen würde.[15] Dagegen haben bloße Hoffnungen und Erwartungen künftiger rechtlicher Vorteile auf derartige Berücksichtigung keinen Anspruch.

4. Wenn grundsätzlich von einer Nichtrückwirkung der Gesetze auszugehen ist, so steht auf der anderen Seite doch auch fest, daß der Gesetzgeber befugt ist, im einzelnen Falle Ausnahmen von diesem Grundsatz aufzustellen und ein Gesetz auch auf früher entstandene Rechtsverhältnisse für anwendbar zu erklären.[16] Denn der Gesetzgeber kann über den Einfluß neuer Vorschriften auf frühere Rechtsverhältnisse souverän bestimmen. Auch der Reichsgesetzgeber hat bei der Einführung des neuen Rechts eine Reihe von Ausnahmen von dem Grundsatze der Nichtrückwirkung aufgestellt.[17]

So hat die Ausführungsgesetzgebung zum B.G.B. mehrfach rückwirkende Vorschriften getroffen, z. B. für die alten Vereine, die alten Ehen, die alten Hypothekposten, die alten Nachlässe.[18] Diese Rückwirkung ist aber insofern eine beschränkte, als das frühere Rechtsverhältnis nur in bezug auf die Zukunft, nicht auch in bezug auf die Vergangenheit dem neuen Recht unterstellt worden ist.[19]

---

15) Vgl. Mot. z. Entw. I des B.G.B. I S. 21; Dernburg I § 32; Crome, System I § 24.

16) Vgl. Beibl. 1896 Nr. 63.

17) Vgl. z. B. Art. 180, 181, 199, 201, 203 usw. E.G. z. B.G.B.

18) Diese Vorschriften des Landesrechts, welche an den einschlägigen Stellen zu erörtern sind, unterwerfen die aus der früheren Zeit stammenden Rechtsverhältnisse mehr oder weniger einem neuen Recht, u. z. im ausdrücklichen Gegensatz zu den Bestimmungen des Reichsrechts, welche für diese Vorschriften grundsätzlich das alte Recht haben bestehen lassen, aber dabei dem Landesrecht die Befugnis, die Rechtsverhältnisse neu zu regeln, gewährt haben. Diese Neuregelung besteht durchweg in einer Anpassung an die Vorschriften des Reichsrechts. Sie enthält eine Rückwirkung des Gesetzes im eigentlichen Sinne.

19) Eine weitergehende Rückwirkung ist in verschiedenen Bestimmungen des Güterstandsges. enthalten, in denen vor dem Inkrafttreten des Gesetzes entstandene Rechtsverhältnisse, auch mit Wirkung für die frühere Zeit, neu geregelt worden sind, z. B. die vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossenen Eheverträge. Eine weitgehende Rückwirkung enthält auch z. B. § 18 der Vorschr. für den Geschäftsbetrieb der Stellenvermittler v. 23. März 1903, wodurch vom Inkrafttreten dieser Vorschriften eine Anwendung der alten Vorschriften absolut untersagt worden ist, demnach auch vorher entstandene Rechtsverhältnisse einfach den neuen Vorschriften unterstellt worden sind. — Vgl. über die Frage des Vorliegens einer Rückwirkung in der Steuergesetzgebung Beibl. 1904 Nr. 87, 162.

§ 10. Öffentliches und privates Recht.[1]

I. Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht ist von größter Bedeutung für die Abgrenzung der Zuständigkeit der Reichs- und der Landesgesetzgebung, da grundsätzlich durch das Inkrafttreten des B.G.B. nur die privatrechtlichen, nicht auch die öffentlichrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft getreten sind (Art. 55 E.G. z. B.G.B.).

1. Das B.G.B. gibt keine Begriffsbestimmung für das öffentliche oder für das bürgerliche Recht. Es überläßt die Entscheidung darüber, ob eine Rechtsnorm dem öffentlichen Recht angehört, der Landesgesetzgebung und der Rechtswissenschaft.[2] Daher ist es möglich, daß ein Rechtsinstitut in dem einen Bundesstaat der landesrechtlichen Regelung unterliegt, da es als öffentlichrechtlich angesehen wird, während es in einem anderen Staate als dem Privatrecht angehörend den Vorschriften des B.G.B. unterworfen worden ist.[3]

2. Für Hamburg gilt hinsichtlich der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht die gemeinrechtliche Anschauung. Danach ist Privatrecht im objektiven Sinne dasjenige Recht, welches die Beziehungen der einzelnen Personen und Personenmehrheiten[4] zueinander von dem Standpunkte des Individualinteresses aus regelt, während das öffentliche Recht die Normen aufstellt, denen die Personen im Interesse der Gesamtheit und der Allgemeinheit unterworfen sind.[5] Die

---

1) Vgl. Dernburg I § 17; Crome, System I § 14; Kisch S. 62; Jellinek, System der subj. öffentl. Rechte (2. Aufl.) S. 54.

2) Vgl. Mot. z. Entw. I des E.G. z. B.G.B. S. 147.

3) Selbstverständlich ist es nicht zulässig, daß ein Bundesstaat eine Materie nur deshalb für öffentlichrechtlich erklärt, um sie der reichsgesetzlichen Regelung zu entziehen; vgl. Crome, System I S. 76 Anm. 22.

4) Das Recht der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, des Fiskus usw. gehört in gewissen Beziehungen ebenfalls dem Privatrechte an.

5) Die Definitionen weichen im allgemeinen voneinander ab. Vgl. z. B. Stobbe, Deutsches Privatrecht (I § 11): Privatrecht ist der Inbegriff derjenigen Rechtssätze, welche die Rechtsverhältnisse der Privatpersonen, d. h. der Rechtssubjekte in ihrer vom Staat abgesonderten Stellung betreffen. Dernburg (I S. 47) zählt zum öffentlichen Recht diejenigen Ordnungen, für welche das staatliche und allgemeine Interesse an erster Stelle das Bestimmende ist, zum privaten diejenigen, bei welchen die Interessen der beteiligten Individuen an erster Stelle in Betracht kommen. Nach Crome (I S. 74) liegt öffentliches Recht vor, wenn ein Rechtsverhältnis zum Lebenskreise des Gesamtwesens (Staat, Gemeinde usw.) gehört, Privatrecht, wenn es sich um ein Rechtsverhältnis handelt, in dem der Einzelne um seiner selbst willen mit Anderen steht. Kisch (S. 62) unterscheidet dahin, daß das öffentliche Recht wesentlich den öffentlichen Interessen, das Privatrecht den Privatinteressen der einzelnen Bürger zur Befriedigung verhelfen will.

Abgrenzung ist im einzelnen Falle nicht immer leicht, bei ihr ist häufig die historische Entwicklung eines Rechtsinstituts zu berücksichtigen.

Öffentliches und privates Recht im objektiven und subjektiven Sinne decken sich nicht immer. Aus einem öffentlichrechtlichen Verhältnis können nicht bloß subjektive öffentliche, sondern auch subjektive private Rechte entspringen. Man kann den Gegensatz zwischen subjektivem öffentlichem und privatem Recht ebenfalls dahin bestimmen, daß Privatrechte diejenigen Befugnisse sind, welche den Einzelnen und den Personenmehrheiten mit Rücksicht auf ihr Individualinteresse zustehen, während öffentliche Rechte mit Rücksicht auf die Gesamtheit besessen werden. So sind z. B. die Vermögensrechte, auch soweit sie aus öffentlichen Rechtsverhältnissen, z. B. dem Beamtenverhältnis, dem Steuerverhältnis entspringen, vielfach privatrechtlicher Natur. Dieser Unterschied hat für die Geltendmachung der Ansprüche wegen Verletzung derartiger Rechte für Hamburg besondere Bedeutung (s. § 56 II).

3. Die Abgrenzung zwischen dem öffentlichen und privaten Recht ist vielfach eine unsichere, da die Begriffsbestimmung immer nur eine sehr allgemeine sein kann und die Regelung vieler Rechtsverhältnisse in einzelnen Beziehungen von beiden Gesichtspunkten beherrscht wird, man daher im Zweifel sein kann, ob das Rechtsinstitut als solches zum öffentlichen oder privaten Recht zu zählen ist. So enthält auch das Bürgerliche Gesetzbuch eine ganze Anzahl von Vorschriften, welche für sich allein zum öffentlichen Recht gehören würden, aber wegen ihres Zusammenhangs mit dem einzelnen Rechtsinstitut mit diesem zusammen geregelt worden sind und ohne Rücksicht darauf, ob sie öffentlich- oder privatrechtlichen Charakters sind,[6] als Reichsrecht maßgebend sind. Dem Landesrecht sind diese Materien damit entzogen.

Um die Abgrenzung zu erleichtern, hat das B.G.B. oder das E.G. eine große Anzahl von Einzelvorschriften aufgestellt, in denen Vorschriften oder ganze Materien, deren Zugehörigkeit zum öffentlichen oder privaten Recht zweifelhaft sein kann, der Landesgesetzgebung überwiesen werden. Eine Entscheidung dahin, daß diese Vorschriften dem öffentlichen Recht

6) In dieser Beziehung ließe sich eine große Anzahl von Vorschriften aufzählen, z. B. diejenigen betr. die staatliche Verleihung der Rechtsfähigkeit an Vereine und Stiftungen (§§ 22, 23, 80), betr. das Einspruchsrecht der Verwaltungsbehörde gegen die Eintragung in das Vereinsregister (§§ 61 ff.), betr. die Haftung des Fiskus usw. für ihre Organe (§ 89), betr. die Abtretung von Gehalt seitens der Beamten (§ 411), betr. die Form der Eheschließung (§§ 1316, 1317) usw. Auch gehören dazu alle Vorschriften, welche in das Prozeßrecht übergreifen, z. B. die Beweislast betreffen.



angehören, liegt in dieser Überweisung nicht. Vielmehr bestimmt sich dies ohne Rücksicht hierauf nach dem Landesrecht.

II. Mehrfach wird als Kriterium für die Zugehörigkeit einer Rechtsnorm zum öffentlichen oder privaten Recht die Verfolgbarkeit der aus dem Recht entspringenden subjektiven Rechte im ordentlichen Rechtswege angesehen. Das ist unzutreffend. Einmal können, wie bereits ausgeführt (I, 2), aus objektiven öffentlichen Rechtsvorschriften subjektive Privatrechte entspringen. Sodann aber erfolgt die Ordnung des Rechtsweges häufig nach ganz besonderen, insbesondere Zweckmäßigkeitsgründen.

Für Hamburg hat dieses Kriterium vollends deshalb keine Bedeutung, weil es dort an einer Verwaltungsgerichtsbarkeit bisher fehlt[7] und diejenigen Rechte, welche im Rechtswege verfolgbar sind, nicht besonders aufgezählt sind. Vielmehr wird im wesentlichen bei der Regelung des Rechtsweges der Unterschied zwischen öffentlichen und privaten Rechten vorausgesetzt. Mit Rücksicht auf das Fehlen einer Verwaltungsgerichtsbarkeit ist der Rechtsweg in weiterem Maße zulässig, als in anderen Staaten, wo ein verwaltungsgerichtliches Verfahren besteht. Dies ist der Fall seit dem provisorischen Gesetz vom 12. August 1859, während nach der Appellabilitätsverordnung vom 7. Juli 1820 gegen Verfügungen der Verwaltungsbehörden der Rechtsweg im Prinzip unzulässig war.

Im einzelnen ist hierüber kurz folgendes hervorzuheben:

1. Grundsätzlich ist bei jeder Verletzung von Privatrechten, auch von seiten der Staatsbehörden, der Rechtsweg zulässig (Art. 89 Verf., §§ 24 ff. Verh.-Ges.). Hierüber s. unten § 56 II.

Eine Ausnahme hiervon oder eine Beschränkung nach der Richtung, daß die Verwaltungsbehörde eine schleunige vorläufige vollstreckbare Verfügung treffen darf, stellt das Landesrecht für folgende Fälle auf:[8]

a) Für Expropriationssachen und Schadensansprüche

---

7) Die Einrichtung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit ist allerdings geplant.

8) Hierher gehören nicht die Befugnis der Polizeibehörde, bei Streitigkeiten über die Vergütung für solche Dienstleistungen, für welche eine polizeiliche Taxe besteht, eine vollstreckbare Entscheidung zu fällen (§ 2 Verhältnisges.) oder diejenige der Baupolizeibehörde bei Streitigkeiten wegen Baubeschränkungen und unter Nachbarn in Bauangelegenheiten provisorische Verfügungen zu treffen (§ 8 Baupolizeiges.), denn durch diese Kompetenz wird der ordentliche Rechtsweg in keiner Weise beschränkt.

wegen der Auflegung von Straßen- und Baulinien und sonstiger Baubeschränkungen. S. §§ 77 III 6, 82.

b) Für gewisse, aus dem Arbeitsverhältnisse entspringende Ansprüche auf Grund der Gesetze vom 12. Februar 1892 und 30. Juni 1905 betr. das Hamburgische Gewerbegericht.[9]

c) Für Streitigkeiten aus dem Dienstbotenverhältnisse. Hier haben in erster Linie die Verwaltungsbehörden zu entscheiden, doch kann gegenüber der Entscheidung der Verwaltungsbehörde der Rechtsweg beschritten werden. S. § 46.

d) Für die Erzwingung der Unterhaltspflicht gegenüber den von der öffentlichen Armenpflege Unterstützten. Auch hier ist gegen die Entscheidung der Verwaltungsbehörde der ordentliche Rechtsweg gegeben. S. § 55 III 2 b.

2. Ausgeschlossen ist der Rechtsweg bei öffentlichrechtlichen Streitigkeiten (§ 1 Verh.Ges.). Dies bezieht sich nicht auf alle Streitigkeiten, bei denen öffentlichrechtliche Fragen in Betracht kommen oder welche aus öffentlichrechtlichen Verhältnissen entspringen,[10] sondern auf Streitigkeiten um solche Ansprüche, welche selbst öffentlichrechtlichen Charakter haben.

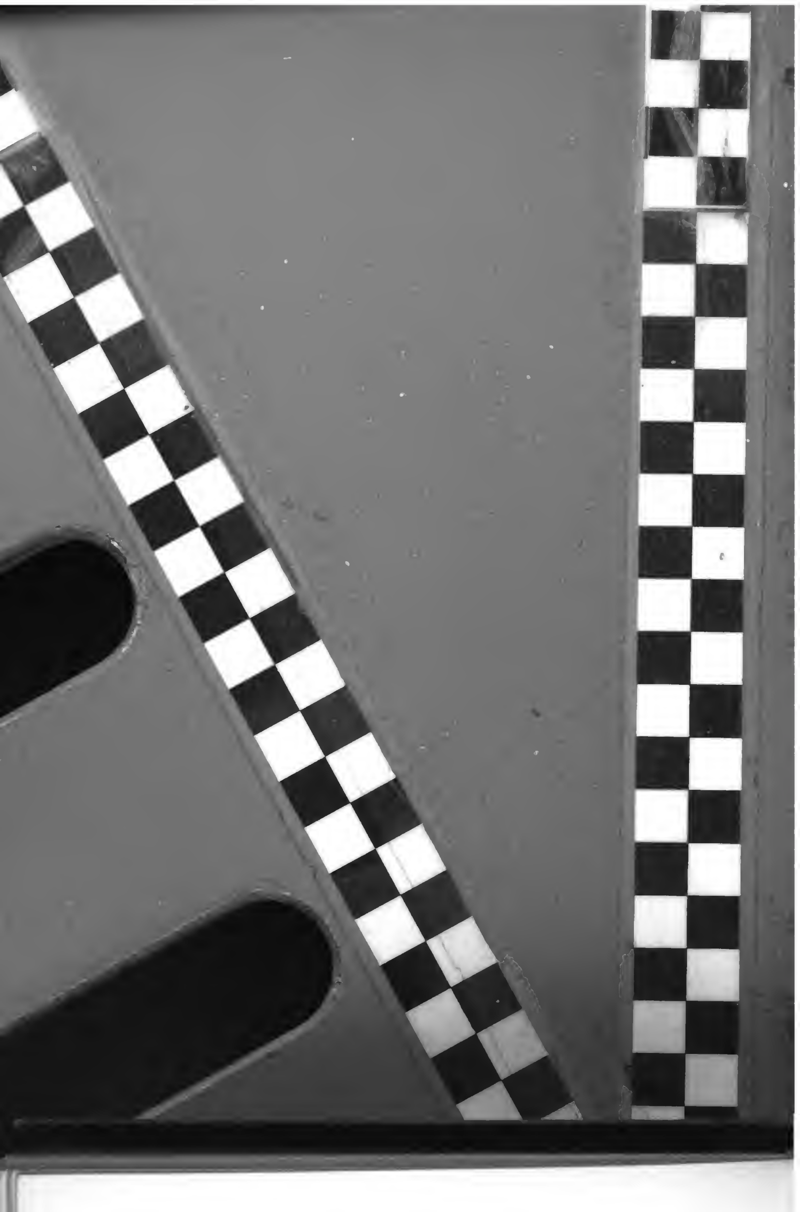
Das Gesetz führt beispielsweise Streitigkeiten an, welche die innere Einrichtung der Staatsbehörden und die Verhältnisse der einzelnen Mitglieder zu denselben, desgleichen die Verhältnisse der Staatsbehörden gegeneinander und gegen den Staat, ferner die Frage, ob jemandem staatsbürgerliche Rechte zustehen oder ob jemand zur Annahme oder Fortführung eines bürgerlichen Ehrenamts verpflichtet ist, betreffen. Diese Aufzählung ist nicht erschöpfend. Entscheidend ist stets, ob der konkrete Anspruch als solcher dem öffentlichen Recht angehört.[11]

---

9) Vgl. Wulff I S. 524; IV S. 351. Das Hamburgische Gewerbegericht beruht nicht auf dem Reichsges. betr. die Gewerbegerichte v. 29. Juli 1890, sondern ist ein landesrechtliches Sondergericht, das auf Grund des § 80 des Reichsges. in Kraft geblieben und nur in einzelnen Beziehungen mit dem Reichsrecht in Einklang gesetzt worden ist.

10) Z. B. fallen hierunter nicht die vermögensrechtlichen Ansprüche von Beamten, die Ansprüche auf Rückzahlung zu Unrecht erhobener öffentlicher Abgaben usw.

11) So sind z. B. als öffentlichrechtliche Streitigkeiten erklärt worden: die Frage, ob eine Gemeinde die für die Feststellung des Gemeindebudgets maßgebenden Vorschriften verletzt hat (Beibl. 1885 Nr. 134), ob eine unzulässige Beschränkung des Versammlungsrechts vorliegt (Beibl. 1892 Nr. 135, 1899 Nr. 128, a. M. 1894 Nr. 120; s. dazu S. 91 Anm. 9), ob eine Leiche auf einen anderen Friedhof überführt werden darf (Beibl. 1886 Nr. 125, 172), ob einem Lehrer ein bestimmter Unterricht zuzuerteilen ist (Beibl. 1891



Die Entscheidung solcher Streitigkeiten erfolgt ausschließlich durch die Verwaltungsbehörden.[12]

3. Den Verwaltungsbehörden steht im öffentlichen Interesse eine gewisse Befugnis zu Eingriffen in Privatrechte zu.

a) Die Verwaltungsbehörden können allgemein unter Androhung einer bestimmten Geldstrafe Personen durch Befehle zu Handlungen oder Unterlassungen anhalten (§ 19 Verh.Ges.), die Polizeibehörden insbesondere Personen oder Gegenstände in Verwahrung nehmen,[13] und letztere unter Umständen vernichten (§§ 21, 22 Verh.Ges.).

α) Voraussetzung für diese Befugnis ist, daß die Behörde an sich ermächtigt ist,[14] die Maßregel zu ergreifen und daß die Maßregel im öffentlichen Interesse liegt. Ermächtigt zu solchen Befehlen und Maßregeln sind die Polizeibehörden nach dem gemeinen Recht, dem Gesetz vom 9. Juni 1826 und dem Verhältnisgesetz, wenn das Verhalten des Einzelnen als gemeingefährlich erscheint,[15] und wenn insbesondere von den zu verwahrenden Gegenständen ein gemeingefährlicher Gebrauch zu befürchten steht oder dieselben zur Verübung eines Verbrechens oder Vergehens bestimmt sind.[16] Personen können auch zu ihrem eigenen Schutz in Verwahrung genommen werden und wenn die Abwendung von Gefahren für andere Personen es erforderlich macht.

Eine Gemeingefährlichkeit, welche im öffentlichen Interesse zu bekämpfen ist, liegt nur dann vor, wenn ein unmittelbares Interesse der Gesamtheit gefährdet ist, wobei der Begriff „Gesamtheit“ nicht bloß von der organisierten Gesamtheit, dem Staate oder der Gemeinde als

Nr. 33), ob das Disziplinargericht vorschriftsmäßig besetzt gewesen ist (Beibl. 1887 Nr. 11). S. auch § 56 Anm. 18, 19.

12) Wenn § 1 Verhältnisges. hinzufügt oder „durch die gesetzgebende Gewalt“, so ist das an sich selbstverständlich.

13) Die Inverwahrungnahme von Personen ist keine „Verhaftung“, diejenige von Sachen keine „Einziehung“. Sachen können in Verwahrung genommen werden, auch wenn sie im Besitz der von ihr Betroffenen belassen werden (Beibl. 1902 Nr. 177).

14) Die Polizeibehörde braucht die Kompetenz in der Verfügung nicht besonders zu begründen (Beibl. 1889 Nr. 198).

15) Dies bestimmt das Ges. v. 9. Juni 1826, die Grenzen des Polizeiamts gegen die Ziviljustiz und die Strafkompetenz der Polizeibehörde betreffend (Wulff I S. 135 Anm. 7), welches insoweit durch § 19 Verhältnisges. aufrechterhalten ist. Doch stimmt das Hamburgische Recht in dieser Beziehung mit dem gemeinen Recht überein (Entsch. des R.G. 38 S. 213).

16) Diese Befugnis ist eine reine Maßregel der Präventivpolizei, die zu einem etwaigen Strafverfahren nicht in Beziehung steht. Die Verwahrung von Personen ist daher keine „Verhaftung“, sie kann auch zum Schutz der betr. Personen selbst erfolgen.

solchen, zu verstehen ist, sondern es genügt, daß das bei der Sache interessierte Publikum als Gesamtheit in wesentlichen Lebensgütern gefährdet ist.[17]

β) Die Zulässigkeit des Eingriffs in Privatrechte rechtfertigt sich dadurch, daß die Aufgabe der Polizei an den Privatrechten der Einzelnen da keine rechtliche Schranke findet, wo es sich darum handelt, einem gemeingefährlichen Verhalten der letzteren entgegenzutreten. Ist aber in Privatrechte eingegriffen, so ist der ordentliche Rechtsweg behufs Abhilfe oder Entschädigung zulässig (§ 24 Abs. 2 Verh.Ges.). S. § 56.

γ) Das Gericht hat im Falle der Zulässigkeit des Rechtsweges nachzuprüfen, ob die Voraussetzungen für die Anordnung der Maßregel, insbesondere diejenigen Tatsachen, welche den Grund für das Einschreiten der Behörde abgaben, vorgelegen haben; dazu gehört auch, ob ein gemeingefährliches Verhalten oder ein solcher Zustand in Frage steht.[18] Die Entscheidung der Polizeibehörde hierüber ist für das Gericht ohne Erheblichkeit, soweit nicht das Gesetz die Nachprüfung ausdrücklich ausschließt.[19]

Stellt sich bei der Nachprüfung die Maßregel nicht als begründet heraus, so ist sie auf Antrag vom Gericht aufzuheben, auch kann dem Verletzten anstatt dessen oder nebenher eine Entschädigung zugebilligt werden.

b) Besonders geregelt ist die Befugnis der Polizei-

---

17) Vgl. hierüber namentlich Beibl. 1898 Nr. 36 (R.G.), in Verbindung mit 1897 Nr. 144 (O.L.G.). Als gerechtfertigt ist z. B. erklärt worden: ein Verbot, in wilder Ehe zu leben (Beibl. 1889 Nr. 72, 1906 Nr. 79) oder kranke und ekelerregende Tiere auf die Straße zu führen (Beibl. 1889 Nr. 30), der Befehl, Pfähle aus dem Straßenkörper zu entfernen (Beibl. 1889 Nr. 198). Das Verbot, in einem Laden oder sonst auf seinem Grundstück einen Automaten aufzustellen, ist in Beibl. 1898 Nr. 34 a und 1902 Nr. 74 für unzulässig, dagegen in Beibl. 1905 Nr. 89 das Verbot, auf einem Dache Reklamelichtbilder anzubringen, für berechtigt erklärt worden. Ferner ist nicht für zulässig erachtet worden ein Verbot an einen nicht approbierten Arzt, sein Sprechzimmer als Poliklinik zu bezeichnen (Beibl. 1884 Nr. 30), ein Verbot, Personen von einem Dampfer zu landen (Beibl. 1892 Nr. 26) und an einen Chemiker, sich beeidigter Gerichtschemiker zu nennen (Beibl. 1897 Nr. 144, 1898 Nr. 36), das Verbot, den Ausdruck Zwangsverkauf in einer Anzeige zu gebrauchen (Entsch. d. R.G. 38 S. 211); im letzteren Fall dürfte jetzt allerdings noch das Ges. über die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs in Betracht zu ziehen sein.

18) Vgl. Entsch. des R.G. 9 S. 205, 38 S. 211; Beibl. 1882 Nr. 61, 1883 Nr. 147, 1894 Nr. 134, 1897 Nr. 144, 1898 Nr. 34 a, 36, 1902 Nr. 74, 1905 Nr. 89. Über den Umfang des Nachprüfungsrechts s. namentlich Beibl. 1889 Nr. 72.

19) S. hierüber § 56 II 3 i.

behörde zur Anordnung einzelner besonderer Maßregeln, durch die Privatrechte verletzt werden können (§ 3 Verh.Ges.).

α) Die Polizeibehörde kann ganz allgemein sog. Friedensbefehle erlassen und, sofern bei Gefahr im Verzuge ein sofortiges richterliches Einschreiten nicht tunlich erscheint,

aa) Eheleute oder andere Personen, welche eine gemeinschaftliche Wohnung inne haben, voneinander trennen, über den Besitz bis dahin von diesen Personen gemeinsam besessener Gegenstände Anordnungen treffen und dem einen von ihnen verbieten, gegen den Willen des andern die Wohnung wieder zu betreten.

bb) Befehle zur Aufrechterhaltung des Besitzstandes[20] erlassen, sowie Gegenstände in Verwahrung nehmen.

β) Diese polizeilichen Befehle haben keinerlei Bedeutung für ein späteres gerichtliches Verfahren unter den Parteien. Sie enthalten lediglich eine provisorische Regelung und sind von den Gerichten nicht weiter zu berücksichtigen. Im Gegensatz zu den Verfügungen unter a sind sie selbständig, d. h. in einem gegen die Polizeibehörde gerichteten Verfahren vor den Gerichten nicht anfechtbar.[21]

§ 11. Das richterliche Prüfungsrecht.[1]

I. Die Frage, inwieweit der Richter bei der Anwendung der Gesetze deren Gültigkeit in materieller und formeller Beziehung zu prüfen hat, ist eine Frage, welche in erster Linie dem öffentlichen Recht angehört,

---

20) Darunter sind Verfügungen zum Schutz eines zivilrechtlichen Besitzes zu verstehen, die vorläufig an die Stelle einer vom Zivilrichter zu erlassenden Verfügung treten sollen, wenn Gefahr im Verzuge ist (Beibl. 1882 Nr. 61).

21) Dies folgt aus § 24 Abs. 2 Verhältnisges., welcher ausdrücklich diejenigen Verfügungen von Verwaltungsbehörden, welche unter die Bestimmungen des 1. Abschnittes des Gesetzes fallen, von der Anfechtbarkeit ausschließt, wozu der Erlaß von Friedensbefehlen gehört (Beibl. 1901 Nr. 200). An und für sich liegt häufig in dem Friedensbefehl ein Eingriff in das Privatrecht, da das Recht des Besitzes, des Betretens einer gemieteten Wohnung usw. ohne Zweifel ein Privatrecht ist. Der Eingriff in dies Privatrecht erfolgt aber im allgemeinen Interesse zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung. Daher ist diese Vorschrift eine öffentlichrechtliche und vom Inkrafttreten des B.G.B. nicht berührt. Auf demselben Gesichtspunkte beruht auch die Aufrechterhaltung der Friedensbefehle neben der Z.P.O. Es handelt sich eben nicht um eine gerichtliche oder prozessuale, sondern um eine rein polizeiliche Maßregel.

1) Vgl. Dernburg I § 26; Windscheid-Kipp, Pand. I § 14 Anm. 2 und die dort angegebene Literatur; Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs (3. Aufl.) II S. 39 ff.; Stobbe, Deutsches Privatrecht I § 26 II; Oertmann S. 21; Kloß S. 20; Kisch S. 34; Dorner-Seng S. 13; Crome, System I S. 82.

welche aber ebenfalls bei der Erörterung des Privatrechts behandelt zu werden pflegt. Es ist deshalb auch hier auf dieselbe einzugehen.

In Hamburg besteht ebensowenig wie im Reich eine Vorschrift, welche sich über das Recht des Richters zur Prüfung der Gültigkeit oder Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verordnungen ausspricht. Es haben daher die Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts zur Anwendung zu kommen. Nach der herrschenden, für Hamburg auch in der Praxis geltenden Ansicht[2] ist der Richter nicht nur gehalten, bloß solches Recht anzuwenden, welches noch gültig ist, sondern muß er eintretendenfalls auch prüfen, ob eine Urkunde, welche sich als Gesetz oder Rechtsverordnung darstellt, in verfassungsmäßig vorgeschriebener Weise zustande gekommen ist

II. Daraus ergibt sich hinsichtlich der Stellung des Hamburgischen Richters zum Reichsrecht und zum Landesrecht folgendes:

1. In materieller Beziehung hat der Richter zu prüfen, ob eine Rechtsvorschrift noch gilt, ob sie insbesondere nicht durch eine später ergangene ausdrücklich oder stillschweigend aufgehoben worden ist.

2. In formeller Hinsicht hat sich die Prüfung des Richters nicht nur darauf zu erstrecken, ob das Gesetz richtig verkündet worden ist, sondern auch darauf, ob der verkündete Text mit dem von der Volksvertretung beschlossenen übereinstimmt.[3] Dagegen hat sich die Prüfung nicht darauf zu erstrecken, ob die Behandlung des Gesetzentwurfes inner-

---

2) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 23; Martin (Die Rechtsverbindlichkeit landesherrlicher Verordnungen gegenüber dem Erfordernisse landständischer Zustimmung zur Erlassung von Gesetzen S. 97) hatte behauptet, daß wo, wie in Bremen und Lübeck (auch in Hamburg) besondere Veranstaltungen zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Senat und Bürgerschaft über Auslegung der Verfassung getroffen seien, das richterliche Prüfungsrecht beseitigt sei. Dies ist aber nicht zutreffend, da der Richter, wenn er die Gültigkeit eines Gesetzes prüft, nur eine Entscheidung für den einzelnen Fall abgibt, keineswegs aber einen Streit zwischen Senat und Bürgerschaft entscheidet oder entscheiden will (vgl. auch Seuff. Arch. 26 Nr. 99, Bremer Fall).

3) A. M. für das Reichsrecht Laband a. a. O. und mit ihm übereinstimmend Kisch, Windscheid-Kipp I S. 74, Dorner-Seng u. a. Danach soll sich aus der Bedeutung der Ausfertigung ergeben, daß das Gesetz in der bestimmten Form zustande gekommen sei und eine weitere Nachprüfung nicht zulässig sein. Hierüber fehlt es indessen an einer positiven Bestimmung; es ist nicht einzusehen, weshalb der Richter, wenn ein Versehen bei der Verkündung vorgekommen sein sollte, gebunden sein sollte, ein derartig zustande gekommenes Gesetz anzuwenden. Selbst da, wo wie in Preußen, dem Richter die Prüfung der Gültigkeit der Gesetze untersagt ist, kann sich dies nicht auf das Reichsrecht erstrecken, da sich hier das Recht des Richters nach dem Reichsstaatsrecht bemißt und dasselbe nicht in dem einen Bundesstaat anderns normiert sein kann als in dem andern.

halb der Volksvertretung eine verfassungs- oder geschäftsordnungsmäßig richtige war. Diese interna corporis entziehen sich der Nachprüfung und werden durch die von der Volksvertretung nicht beanstandete Erklärung ihres Vorstandes, daß das Gesetz in der bestimmten Form beschlossen worden sei, gedeckt.

Diese Auffassung wird auch von der Hamburgischen Praxis vertreten.[4]

III. Für die Prüfung der Landesgesetze kommt noch folgendes besonders in Betracht:

1. In materieller Beziehung ist festzustellen, ob das Gesetz gegenüber dem Reichsrechte nach Art. 2 der Reichsverfassung zulässig ist. Steht es mit dem Reichsrecht in Widerspruch, so darf der Richter das Gesetz nicht zur Anwendung bringen.

2. In formeller Beziehung fragt es sich, inwieweit der Richter bei einem Gesetz, welches sich inhaltlich als eine Abänderung der Verfassung darstellt, nachzuprüfen hat, ob die verwickelten Vorschriften der Hamburgischen Verfassung über Verfassungsänderungen (Art. 101 Verf.) befolgt worden sind. Soweit seitens des Vorstandes der Bürgerschaft erklärt wird, daß diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist eine weitere Nachprüfung als die interna corporis berührend unzulässig. Die herrschende Ansicht geht aber noch weiter. Sie schließt das richterliche Prüfungsrecht bez. der Übereinstimmung zwischen einem Gesetz und der

---

4) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 23, 1903 Nr. 12. In letzterem Falle hat das O.L.G. auf Grund der Entstehungsgeschichte des Gesetzes entschieden, daß beim § 10 des Güterstandsges. in der amtlichen Publikation das Wort „gewöhnlichen" einen Druckfehler darstelle und „persönlichen" heißen müsse. Demnach hat es einfach letztere Fassung seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Man könnte an sich wohl zweifeln, ob hier nicht ein Dissens zwischen Senat und Bürgerschaft vorliegt, da der Senat verkündet hat, daß er die Fassung „gewöhnlichen" beschlossen habe, während nach den Berichten über die bürgerschaftlichen Verhandlungen dort die Fassung „persönlichen" beschlossen worden war. Da man sich aber — und nach den tatsächlichen Vorgängen mit Recht — auf den Standpunkt stellen konnte, daß in der amtlichen Publikation ein bloßer Druckfehler untergelaufen sei, so kam die Gültigkeit der Gesetzesvorschrift oder gar des ganzen Gesetzes an sich nicht in Frage. Vgl. auch § 4 Anm. 7. Anders lag die Sache in dem in § 5 Anm. 9 erwähnten Falle des § 31 des Ges. betr. Forst- und Feldfrevel v. 12. Dez. 1898. Hätte der Richter damals das Versehen in der Publikation, bevor es berichtigt wurde, bemerkt, so hätte er wegen tatsächlich vorhandenen Dissenses zwischen Senat und Bürgerschaft den § 31 weder in der publizierten, noch in der von der Bürgerschaft beschlossenen Fassung anwenden dürfen.

Verfassung nicht nur dann aus, wenn die betr. Verfassungsbestimmung nur allgemeine Maximen zur Beachtung der künftigen Gesetzgebung aufstellt und mithin bloß eine Anweisung an den Gesetzgeber vorliegt, sondern auch in allen Fällen, sobald nur ein in den vorgeschriebenen Formen erlassenes Gesetz besteht.[5]

IV. Für die Prüfung der Gültigkeit von Rechtsverordnungen kommt noch folgendes in Betracht:

1. Es ist zu prüfen, ob der Erlaß der Verordnung an sich zulässig, nicht aber ob ihr Erlaß nach den tatsächlichen Umständen geboten war. Wo die Verfassung den Weg der Gesetzgebung vorschreibt, ist eine bloß vom Senat oder einer Verwaltungsbehörde erlassene Verordnung ungültig.

2. Es ist zu prüfen, ob die Verordnung von der zuständigen Behörde erlassen worden ist. Dies hat namentlich Bedeutung für die von der Reichsgesetzgebung erteilten Ermächtigungen zum Erlaß von Verordnungen.[6]

3. Aus dem Wesen der nach Art. 102 der Verf. zulässigen Notverordnungen[7] ist zu schließen, daß dem Richter die Prüfung über das Vorliegen der verfassungsmäßigen Voraussetzungen entzogen ist. Doch wird der Richter zu beachten haben, daß die Notverordnung außer Kraft tritt, falls ihre Gültigkeit nicht vor jedesmaligem Ablauf von vier Wochen verlängert worden ist (Art. 103 Verf.).

---

5) Vgl. Entsch. d. R.G. 9 S. 233; Beibl. 1894 Nr. 116 (R.G.), 1906 Nr. 56, 1907 Nr. 53. Für Hamburg kommt namentlich in Betracht, ob die mit dem Art. 89 der Verf. betr. die Zulässigkeit des Rechtsweges bei Verletzung von Privatrechten durch die Verwaltungsbehörden im Widerspruch stehenden Vorschriften, welche den Rechtsweg einschränken (vgl. z. B. § 14 Abs. 2 A.G. z. B.G.B., § 18 Bonitierungsges. v. 2. Juli 1881, § 9 Deichordn. v. 4. März 1889, § 13 Begräbnisordn. v. 27. Sept. 1882) vom Richter darauf zu prüfen sind, ob sie nach den Vorschriften über Verfassungsänderungen erlassen worden sind, was jedenfalls zu verneinen ist. Auch wenn man in dem Satz des Art. 89: „Das Nähere bestimmt das Gesetz" keine Ermächtigung zu Abweichungen erblicken will, so ergibt sich doch aus diesem Satz, daß in dem Grundsatz des Art. 89 nur eine Maxime für den Gesetzgeber hat aufgestellt werden sollen. Wenn der Gesetzgeber sie nicht befolgt hat, steht es dem Richter nicht zu, das Gesetz wegen angeblich ungültiger Verfassungsänderung nicht zur Anwendung zu bringen. Im übrigen dürfte es zweifelhaft sein, ob die in Beibl. 1907 Nr. 53 aufgestellten Grundsätze nicht mit den in früheren Entscheidungen (R.G. 9 S. 233, Seuff. Arch. 32 Nr. 101) enthaltenen, welche ein weitergehendes Prüfungsrecht zulassen, in Widerspruch stehen.

6) Vgl. § 5 III.

7) Vgl. § 5 II 2 c.



Zweiter Abschnitt.

Die Personen.

Erstes Kapitel.

Natürliche Personen.

§ 12. Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit.

I. Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, Subjekt von Privatrechten zu sein. Sie steht jedem Menschen von der Vollendung der Geburt an zu (§ 1 B.G.B.).

1. Die Rechtsfähigkeit ist durch das Reichsrecht geregelt. Es ist dem Landesrecht nicht gestattet, die Rechtsfähigkeit natürlicher Personen zu beschränken.

Nach zwei Richtungen stellt das E.G. z. B.G.B. eine Ausnahme hiervon auf:

a) Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Kongregationen können Erwerbsbeschränkungen unterworfen werden[1] (Art. 87). Hamburg hat von diesem Vorbehalt einen Gebrauch nicht gemacht. Religiöse Orden sind mithin unbeschränkt rechtsfähig.

b) Der Erwerb von Grundeigentum durch Ausländer kann von staatlicher Genehmigung abhängig gemacht werden (Art. 88). Hiervon hat Hamburg Gebrauch gemacht in § 28 A.G. z. B.G.B. Siehe unten § 83.

2. Nicht unter die Beschränkung der Rechtsfähigkeit fallen die Erwerbsbeschränkungen, denen gewisse Beamtenklassen unterworfen sind und welche lediglich das Dienstverhältnis, aber nicht die rechtliche Wirksamkeit der gegen diese Verbote verstoßenden Rechtsgeschäfte betreffen.[2]

II. Auch die Geschäftsfähigkeit, d. h. die Fähigkeit, rechtsgeschäftliche Erklärungen mit Wirksamkeit abzugeben und entgegenzunehmen, ist durch das Reichsrecht (§§ 104 ff. B.G.B.) fast ausschließlich geregelt. Nur hinsichtlich weniger Bestimmungen ist dem Landesrecht eine Ergänzung gestattet.

---

1) Wenn Kisch (S. 70) hierin keine Beschränkung der Rechtsfähigkeit erblicken will, so widerspricht dies der bisherigen Auffassung, an welcher das B.G.B. nichts hat ändern wollen. S. auch Mot. zu Entw. I des E.G. z. B.G.B. S. 168; Oertmann S. 43; Kloß S. 21.

2) Vgl. §§ 28 III 1 und 47 III 2b.

1. Die Volljährigkeitserklärung (§ 3 B.G.B.) erfolgt durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts. Gemäß Art. 147 E.G. z. B.G.B., § 70 A.G. z. B.G.B. ist hierfür in der Stadt Hamburg und den Landherrnschaften der Geestlande und der Marschlande die Vormundschaftsbehörde[3] zuständig.

Die Volljährigkeitserklärung kann nur von dem Kollegium der Vormundschaftsbehörde ausgesprochen werden. Die von dem Vorsitzenden allein ohne Zuziehung von Beisitzern verfügte Volljährigkeitserklärung ist unwirksam (§ 8 Nr. 1 Gesetz betr. die Vormundschaftsbeh.).

2. Die Entmündigung wegen Trunksucht, welche dem früheren Hamburgischen Recht fremd war, ist durch das B.G.B. (§ 6 Nr. 3) eingeführt worden. Der Antrag auf Entmündigung im allgemeinen kann nach dem Reichsrecht[4] von dem Ehegatten, einem Verwandten oder demjenigen gesetzlichen Vertreter des zu Entmündigenden gestellt werden, welchem die Sorge für die Person des zu Entmündigenden zusteht.

Bei der Entmündigung wegen Trunksucht und wegen Verschwendung ist es jedoch dem Landesrecht gestattet, einer Gemeinde, einem der Gemeinde gleichstehenden Verbande oder einem Armenverbande das Antragsrecht zu gewähren (§ 680 Abs. 5 Z.P.O.). Von diesem Vorbehalt hat Hamburg Gebrauch gemacht (§ 3 A.G. z. Z.P.O.).

Danach kann die Entmündigung auch von dem Armenverbande beantragt werden, dem die vorläufige oder dauernde Fürsorge für den zu Entmündigenden im Falle seiner Hilfsbedürftigkeit obliegen würde. Zuständig für die Stellung des Antrages ist sowohl der Landarmenverband[5] als der Ortsarmenverband.[6] An besondere Voraussetzungen, insbesondere nach der Richtung, daß es nur subsidiär eintritt, ist dieses Antragsrecht nicht geknüpft. Sowohl die Voraussetzungen wie das Verfahren und die Rechtsfolgen dieser Entmündigung unterliegen dem Reichsrecht.

---

3) Vgl. § 140.

4) Vgl. §§ 680 Abs. 3, 646 Abs. 1 ZPO.

5) Vgl. § 2 Ausführungsver. v. 23. Juni 1871 z. Unterstützungswohnsitzgesetz.

6) Vgl. §§ 1 Ausführungsver. v. 23. Juni 1871 z. Unterstützungswohnsitzges., 1 Ges. v. 11. Sept. 1907 betr. das Armenwesen.



§ 13. Geschlecht, Staatsangehörigkeit, Religion, Alter.

I. Das Geschlecht.

1. Die gesetzliche Geschlechtsvormundschaft über die Frauen wurde in Hamburg durch das Gesetz vom 3. Juni 1870 betr. Aufhebung einiger Beschränkungen der Handlungsfähigkeit u. w. v. a.[1] aufgehoben; es wurde volljährigen Personen weiblichen Geschlechts, soweit sie nicht durch das eheliche Güterrecht Beschränkungen unterworfen waren,[2] die Befugnis gewährt, ohne Beistand vor Gericht aufzutreten und Rechtsgeschäfte einzugehen. Auch wurden die Beschränkungen der Frauen hinsichtlich der Interzessionen und der Bürgschaften beseitigt.

Doch waren bis zum Inkrafttreten des B.G.B. Frauen, außer der Mutter und Großmutter, unfähig, Vormünder zu werden, auch konnten sie nicht als Solennitätszeugen fungieren.[3]

2. Durch das B.G.B. sind für das bürgerliche Recht die Unterschiede zwischen den Geschlechtern vollständig beseitigt worden. Auch das Landesrecht enthält auf den ihm vorbehaltenen Gebieten des Privatrechts fast keine derartigen Unterschiede mehr.[4] Insbesondere macht die Dienstbotenordnung keinen Unterschied zwischen männlichen und weiblichen Dienstboten.[5]

Hervorzuheben ist höchstens, daß im Gemeindewaisenrecht weibliche Pfleger an sich zwar bestellt werden können, daß ihre Wahl aber an erschwerte Voraussetzungen geknüpft ist[6] und daß nach § 67 A.G. z. B.G.B. männliche Ausländer, falls sie in Hamburg eine Ehe eingehen wollen, ein Zeugnis mehr beizubringen haben als die Ausländerinnen (s. unten § 110 II).

1) Vgl. Wulff 1. Aufl. II S. 327.

2) Vgl. über die Streitfrage des früheren Rechts, ob die Vormundschaft des Ehemannes über seine Ehefrau fortgedauert hat oder die Frau unbeschränkt handlungsfähig geworden ist, Wulff 1. Aufl. II S. 328 Anm. 3 und unten § 119 I.

3) Vgl. Niemeyer S. 23; Vorm.Ordn. v. 14. Dez. 1883 (Wulff 1. Aufl. II S. 349).

4) Für die Hamburgischen privatrechtlichen Gesetze gilt daher ebenso wie für das Reichsrecht der Grundsatz, daß, falls sich nicht etwas anderes aus der Bestimmung selbst ergibt, der Gebrauch des männlichen Artikels insofern ohne rechtliche Bedeutung ist, als er das weibliche Geschlecht nicht ausschließt. Bei öffentlichrechtlichen Gesetzen trifft dies nicht immer zu, da im öffentlichen Recht auch heute noch ein großer Unterschied zwischen den Geschlechtern, insbesondere bez. der sog. politischen Rechte besteht. Frauen können in Hamburg z. B. nicht Bürger werden, wenn dies auch nicht ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen ist (vgl. Wulff I S. 88 Anm. 8), doch ergibt sich dies aus der geschichtlichen Entwicklung.

5) Vgl. § 43 III 2.

6) Vgl. § 12 Fürsorgeges. v. 11. Sept. 1907.

II. Die Staatsangehörigkeit gehört an sich dem öffentlichen Recht an. Sie wird erworben nach Maßgabe des Gesetzes vom 2. November 1896 betr. die Hamburgische Staatsangehörigkeit und das Hamburgische Bürgerrecht.[7] Deutsche erwerben die Hamburgische Staatsangehörigkeit auf Grund des Reichsgesetzes vom 1. Juni 1870, Ausländer ebenfalls auf Grund dieses Gesetzes, doch müssen sie eine Gebühr von 50 Mk. entrichten und nachweisen, daß sie sich dauernd in Hamburg niedergelassen haben und aus ihrem bisherigen Staatsverband entlassen worden sind oder die Sicherheit haben, aus demselben entlassen zu werden, soweit eine solche Entlassung überhaupt nach dem ausländischen Recht zulässig ist.

1. Die Staatsangehörigkeit ist aber auch von Bedeutung für das internationale Privatrecht, insofern sich jetzt nach ihr und nicht mehr wie früher nach dem Wohnsitze der betreffenden Personen die Anwendbarkeit des deutschen oder ausländischen Rechts richtet. Diese Frage gehört aber vorwiegend dem Reichsrecht an.[8]

2. Für das private Landesrecht ist die Staatsangehörigkeit nur von geringer Bedeutung. Das Hamburgische Privatrecht kennt in dieser Beziehung einen Unterschied zwischen Angehörigen von verschiedenen deutschen Staaten und Hamburgern wesentlich nur auf dem Gebiete der örtlichen Kollision der Landesrechte.[9] Durchweg wird in privatrechtlicher Beziehung ein Unterschied zwischen Angehörigen verschiedener Bundesstaaten nicht gemacht — über die Zuständigkeit für die Todeserklärung vgl. § 14 I —, sondern nur zwischen Hamburgern und Ausländern.

An landesrechtlichen Vorschriften kommen nach letzterer Richtung in Betracht:

a) Eine Ergänzung des Reichsrechts über die Eheschließung von Ausländern enthält § 67 A.G. z. B.G.B.[10]

b) Der Erwerb des Grundeigentums ist für Aus-

---

7) Vgl. Wulff I S. 87.

8) Vgl. § 1315 B.G.B., Art. 7—10, 12—15, 29 E.G. z. B.G.B.

9) Vgl. § 9 I. Zu Waisenpflegern können Angehörige aller deutschen Staaten bestellt werden (vgl. § 12 Fürsorgeges. v. 11. Sept. 1907). Für das Übergangsrecht der alten Ehen kommt nach dem Güterstandsges. v. 14. Juli 1899 der Wohnsitz der Ehegatten bei Eingehung der Ehe in Betracht, während sich gegenwärtig das internationale Eherecht auch nach der Staatsangehörigkeit richtet (vgl. § 113 I).

10) Vgl. § 110 II.



länder an die Genehmigung des Senats geknüpft (§ 28 A.G. z. B.G.B.).[11]

c) Ausländer können nicht zu Waisenpflegern bestellt werden.[9]

d) Ausländern kann der zur Ausübung der Jagd erforderliche Jagdschein versagt werden.[12]

3. Von der Hamburgischen Staatsangehörigkeit ist zu unterscheiden das Hamburgische Bürgerrecht, welches ausschließlich öffentlichrechtliche Bedeutung hat. Dasselbe wird erworben nach Maßgabe des Gesetzes vom 2. November 1896 betr. die Hamburgische Staatsangehörigkeit und das Hamburgische Bürgerrecht.[13]

III. Die Religion ist schon seit dem Reichsgesetz vom 3. Juli 1869 ohne unmittelbaren Einfluß auf die Regelung der Privatrechtsverhältnisse. Sie kommt aber in Betracht hinsichtlich der religiösen Erziehung der Kinder.[14] Auf diesem Gebiete ist dem Landesrecht ein weiter Spielraum gelassen worden (Art. 134 E.G. z. B.G.B.).

Über den in Hamburg bestehenden Rechtszustand s. § 138.

IV. Das Alter ist für das Privatrecht von großer Bedeutung. Hier trifft das Reichsrecht maßgebende Vorschriften,[15] doch hat auch das Landesrecht auf den vorbehaltenen Rechtsgebieten Bestimmungen über Rechtsfolgen getroffen, welche sich an eine gewisse Altersgrenze knüpfen.

Dies ist der Fall für die Zwangserziehung,[16] für das Recht auf die Beamtenwaisenpension,[17] für die Befugnis, Kinder in Kost und Pflege zu nehmen,[18] für die Gewährung von Armenunterstützung an Kinder,[19]

---

11) Vgl. § 83.

12) Diese Vorschrift des § 17 Jagdges. v. 2. Jan. 1903 gehört an sich dem öffentlichen Recht an. Da aber das Jagdrecht als solches ein Privatrecht ist, ist sie hier erwähnt.

13) Voraussetzung für den Erwerb des Bürgerrechts ist Besitz der Hamburgischen Staatsangehörigkeit und der bürgerlichen Ehrenrechte, Nichtvorliegen von Polizeiaufsicht sowie Versteuerung eines Jahreseinkommens von mindestens 1200 Mk. während der letzten 5 Jahre.

14) Vgl. §§ 1779, 1801 B.G.B.

15) Vgl. z.B. §§ 2, 3, 1303, 1305, 1744, 1827, 2229 B.G.B. usw.

16) Vgl. § 139.

17) Das Recht erlischt mit dem vollendeten 18. Lebensjahre (§ 5 Ges. v. 11. Dez. 1903 betr. die Fürsorge für die Witwen und Waisen der Hamb. Staatsbeamten).

18) Vgl. § 1 Ges. v. 21. Dez. 1896 betr. Beaufsichtigung des Kostkinderwesens.

19) Dieselbe ist regelmäßig mit vollendeter Schulpflicht, d. h. dem vollendeten 14. Lebensjahr, einzustellen, vgl. § 17 Ges. v. 11. Sept. 1907 betr. das Armenwesen, § 54 Ges. v. 11. Nov. 1870 betr. das Unterrichtswesen.

für die Verpflichtung der Gewalthaber zur Bezahlung der Geldstrafe, des Wertersatzes und der Kosten, welche ihre Gewaltunterworfenen für Forst- und Feldfrevel treffen,[20] für die Erteilung von Jagdscheinen.[21]

Über die restitutio in integrum aus Anlaß der Minderjährigkeit s. § 37.

§ 14. Die Abwesenheit.

I. Das Recht der Todeserklärung ist im Reichsrecht erschöpfend geregelt. Nur eine Ausführungsbestimmung ist dazu im Landesrecht erlassen.

Zuständig für das Aufgebotsverfahren zum Zweck der Todeserklärung ist das Gericht des letzten inländischen Wohnsitzes des Verschollenen. In Ermangelung eines solchen Wohnsitzes wird das zuständige Gericht für Angehörige eines Bundesstaats von der Landesjustizverwaltung bestimmt (§ 961 Z.P.O.).

Für Hamburg ist bestimmt worden, daß für das Verfahren hinsichtlich solcher Verschollener, die einen Wohnsitz im Deutschen Reiche nicht gehabt haben und bei dem Beginne der Verschollenheit Hamburgische Staatsangehörige gewesen sind, das Amtsgericht Hamburg zuständig ist.[1]

II. Die Übergangsbestimmungen, welche das E.G. z. B.G.B. (Art. 158—162) über die Abwesenheit trifft, lassen möglicherweise bei der Natur dieser Verhältnisse das alte Recht in einzelnen Fällen noch nach Jahren zur Anwendung kommen und soll daher das letztere an dieser Stelle kurz erörtert werden.

Das frühere Hamburgische Recht stand hinsichtlich der Todeserklärung ebenso wie das B.G.B. auf dem Boden des sog. gemischten Systems.[2]

1. Voraussetzung für die Todeserklärung ist, daß der Verschollene mindestens 50 Jahre alt ist und binnen 10 Jahren keine Nach-

---

20) Hier kommt das 12. bezw. 18. Lebensjahr in Betracht (§ 7 Ges. v. 12. Dez. 1898 betr. Forst- und Feldfrevel).

21) Der Jagdschein muß Personen versagt werden, die noch nicht 18 Jahre alt sind (§ 16 Jagdges. v. 2. Jan. 1903).

1) Vgl. Bek. des Senats v. 10. Febr. 1905 betr. Zuständigkeit für Todeserklärungen (Wulff IV S. 326).

2) Vgl. hierüber das Ges. v. 14. Juli 1879 betr. die Todeserklärung verschollener Personen (Wulff 1. Aufl. II S. 336), welches an Stelle der Ver. v. 15. Okt. 1819 getreten ist. S. auch bez. des alten Rechts Baumeister I S. 33, Niemeyer S. 21.

richten von ihm eingegangen sind. Ist er 60 bis 67 Jahre alt, so verkürzt sich die Verschollenheitsfrist auf diejenige Zahl von Jahren, welche dem Verschollenen am 70. Lebensjahre noch fehlen, vom 67. Jahre an auf 3 Jahre. Der zehnjährige Zeitraum beginnt mit dem Tage der eingegangenen letzten Nachricht.

Besondere Vorschriften waren gegeben für die Kriegs- und die Seeverschollenheit.[3]

2. Die Wirkung der gerichtlichen Todeserklärung ist:

a) Festsetzung des Todestages des Verschollenen, und zwar auf den Tag, an welchem der unter 50 Jahre alte Verschollene das 50., der über 50 Jahre alte das 60., der über 60 Jahre alte das 70. Lebensjahr vollendet haben würde. Diese Wirkung ist deklaratorischer Art. Dagegen gilt als Todestag der Aufgebotstermin, falls das Alter des Verschollenen nicht zu beweisen ist oder falls letzterer bereits über 70 Jahre alt war.[4]

b) Lebensvermutung dahin, daß der Verschollene bis zum Todestage gelebt hat.[5]

c) Überweisung des Vermögens des Verschollenen an die sich aus einem zu eröffnenden Testament ergebenden Erben oder an die Intestaterben.[6]

d) Auflösung der Ehe des Verschollenen und Erlangung der Befugnis seitens des Zurückgebliebenen, eine neue Ehe zu schließen.[7]

3. Diese Wirkungen können nach gewissen Richtungen aufgehoben werden.

a) Dadurch, daß der wahre Todestag ermittelt und festgestellt wird. In diesem Falle kann ein anderer Erbe zur Erbschaft berufen werden, welcher die Erbschaft von dem derzeitigen Besitzer in demselben Umfange zurückfordern kann, wie der rückkehrende Verschollene.[8]

b) Dadurch, daß der Verschollene zurückkehrt.

α) Derselbe kann sein Vermögen, soweit es in natura vorhanden ist, von dem Besitzer zurückfordern, der hinsichtlich der Nutzungen und Ver-

3) Vgl. § 1 Abs. 3 Ges. v. 14. Juli 1879.
4) Vgl. § 6 Ges. v. 14. Juli 1879; dazu Beibl. 1901 Nr. 124.
5) Vgl. Beibl. 1885 Nr. 26, 1886 Nr. 2; Niemeyer S. 22.
6) Vgl. § 5 Ges. v. 14. Juli 1879.
7) Vgl. § 14 Ges. v. 14. Juli 1879; Mot. z. Entw. I des B.G.B. IV S. 19.
8) Vgl. § 7 Ges. v. 14. Juli 1879.

wendungen als redlicher Besitzer anzusehen ist. Nur wenn der Besitzer gewußt hat, daß der Verschollene früher gestorben ist oder zur Zeit der Todeserklärung noch gelebt hat, muß er das ganze in Besitz genommene Vermögen nach den für den unredlichen Besitzer geltenden Vorschriften herausgeben. Doch bleiben in allen Fällen von Dritten gutgläubig erworbene Rechte bestehen.[9]

β) Derselbe kann die neue Ehe des Zurückgebliebenen nur dann als nichtig anfechten, wenn seine eigene Ehe beerbt, die zweite Ehe aber unbeerbt ist.[7]

III. Die Vorschriften unter II gelten für alle unter altem Recht erfolgten Todeserklärungen (Art. 158 E.G. z. B.G.B.). Sie kommen insbesondere auch zur Anwendung, falls der für tot Erklärte unter neuem Recht zurückkehrt.

1. Dies hat Bedeutung für den Umfang des Herausgabeanspruchs des Verschollenen. Derselbe bemißt sich nicht nach den Vorschriften über den Erbschaftsanspruch (§ 2031 B.G.B.), sondern nach den für ihn günstigeren Bestimmungen des alten Rechts (s. unter I 3 b α).

2. Nach Art. 159 E.G. z. B.G.B. ist dem zurückgebliebenen Ehegatten die Wiederverheiratung gestattet, auch wenn dies nach dem früheren Recht nicht zulässig sein würde. Alsdann sollen die Vorschriften des neuen Rechts über die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung (§§ 1348—1352 B.G.B.) entsprechende Anwendung finden.

Von praktischer Bedeutung ist die Frage, ob im Falle der Rückkehr des Verschollenen sich die Anfechtung der neuen Ehe nach dem alten oder neuen Recht richtet, ob insbesondere jeder Ehegatte im Falle des Lebens des Verschollenen die neue Ehe anfechten kann (§ 1350 B.G.B.).

a) Ist die zweite Ehe noch unter altem Recht geschlossen, so richtet sich die Anfechtbarkeit nach dem alten Recht. Dies folgt einmal daraus, daß Art. 159 E.G. nur auf den Fall der Wiederverheiratung unter neuem Recht Anwendung findet, ferner aus Art. 198 E.G., wonach die Gültigkeit einer alten Ehe sich nach altem Recht bestimmt.

Mithin ist die zweite Ehe nur dann anfechtbar, wenn sie kinderlos ist, während aus der ersten Ehe Abkömmlinge vorhanden sind. Die Ehe kann in diesem Falle von beiden Gatten der ersten Ehe angefochten werden.

---

9) Vgl. §§ 9, 10 Ges. v. 14. Juli 1879.

b) Dagegen bestimmt sich die Anfechtung der Ehe nach neuem Recht, wenn die zweite Ehe unter neuem Recht geschlossen ist. Art. 159 E.G. trifft nicht nur diejenigen Fälle, in denen nach früherem Recht die Wiederverheiratung unzulässig war, sondern auch die übrigen Fälle, wie sich aus der Fassung des Satz 1 ergibt. Demnach kommen im Falle einer nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts geschlossenen zweiten Ehe die Vorschriften der §§ 1348—1352 B.G.B. zur Anwendung.[10]

3. Die Art. 160, 161 E.G. z. B.G.B.[11] haben heute keine praktische Bedeutung mehr, da diese Übergangsfälle inzwischen erledigt sind.

IV. Hat die Verschollenheit schon unter altem Recht begonnen, ist aber vor dem 1. Januar 1900 kein Verfahren betr. Todeserklärung eingeleitet worden, so kommt jetzt das neue Recht unbeschränkt zur Anwendung. Die materiellen und prozessualen Voraussetzungen der Todeserklärung, das Aufgebotsverfahren und die Wirkung der Erklärung bestimmen sich vollständig nach diesem.[12]

§ 15. Das Namensrecht.

Das Recht auf den Namen ist wesentlich ein Privatrecht und als solches im § 12 B.G.B. anerkannt. Es hat aber auch öffentliche Bedeutung, da der Staat ein Interesse daran hat, daß jeder Mensch einen Namen führt und daß er diesen nicht willkürlich ändert.

I. Die privatrechtliche Seite des Namensrechts ist durch das B.G.B. fast ausschließlich geregelt.

1. Der Erwerb des Namens vollzieht sich nach dem Reichsrecht. Das eheliche Kind erhält den Familiennamen des Vaters, das uneheliche denjenigen der Mutter.[1]

Über den Vornamen enthält das B.G.B. keine Bestimmungen. Die Verpflichtung, dem Kinde einen Vornamen zu geben, ergibt sich aus dem Personenstandsgesetz. Sie bildet einen Bestandteil der Sorge für die Person und ist daher Recht und Pflicht derjenigen, denen diese Sorge

10) Vgl. Planck VI Art. 159; Scherer, Das erste Jahr des B.G.B. S. 24; a. M. Habicht S. 72.

11) Art. 162 E.G. hat eine Bedeutung nur für das frühere französische und rheinische Rechtsgebiet.

12) Vgl. Mot. z. Entw. I d. E.G. z. B.G.B. S. 239; Habicht S. 98. Über die Wirkung auf den Güterstand einer alten Ehe s. § 124 IV.

1) Vgl. §§ 1616, 1706 B.G.B.

obliegt.[2] Der Berechtigte kann dem Kinde jeden Vornamen geben, doch sind dabei solche Namen ausgeschlossen, welche üblicherweise nicht als Vornamen gebraucht werden. Besondere Vorschriften hierüber enthält das Hamburgische Recht nicht.

2. Auch die Veränderung des Namens kann auf Grund privatrechtlicher Vorgänge, bei Verheiratung und Scheidung, Legitimation des unehelichen Kindes, Annahme an Kindesstatt und Aufhebung derselben, erfolgen.[3]

Bez. der Abgabe der erforderlichen Erklärungen über die Namensänderung im Falle der Scheidung und der Legitimation eines unehelichen Kindes s. §§ 136 III, 137 II 1.

3. Der Schutz des Namens ist privatrechtlich durch § 12 B.G.B. geregelt.

4. Nach dem Mandat in betreff der doppelten Familiennamen vom 16. Mai 1856[4] soll, wenn jemand befugt ist, neben seinem eigentlichen noch einen zweiten Namen mit dem Zusatze „genannt" zu führen, nur der zweite Name auf die Kinder übergehen. Da es sich um eine privatrechtliche Bestimmung handelt, so ist diese mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts beseitigt worden. Sie hat nur noch für die vor dem 1. Januar 1900 geborenen Personen Geltung behalten. Nach dem neuen Recht geht der ganze Familienname, den der Vater bezw. beim unehelichen Kind die Mutter führt, auf das Kind über.

II. Die öffentlichrechtliche Seite des Namensrechts bezieht sich vor allem auf die Verhinderung einer willkürlichen Namensänderung. Die gewillkürte Änderung des Namens unterliegt dem Staatsrecht der einzelnen Bundesstaaten.

1. Hierüber fehlt es in Hamburg an einer positiven Gesetzesvorschrift. Dagegen ist nach feststehendem Gewohnheitsrecht eine Änderung des Namens Hamburgischer Staatsangehöriger, wenigstens seit dem Jahre 1815, nur mit Genehmigung des Senats gestattet, welcher für einzelne Fälle die Befugnis der Genehmigung einer Verwaltungsbehörde delegieren kann.[5]

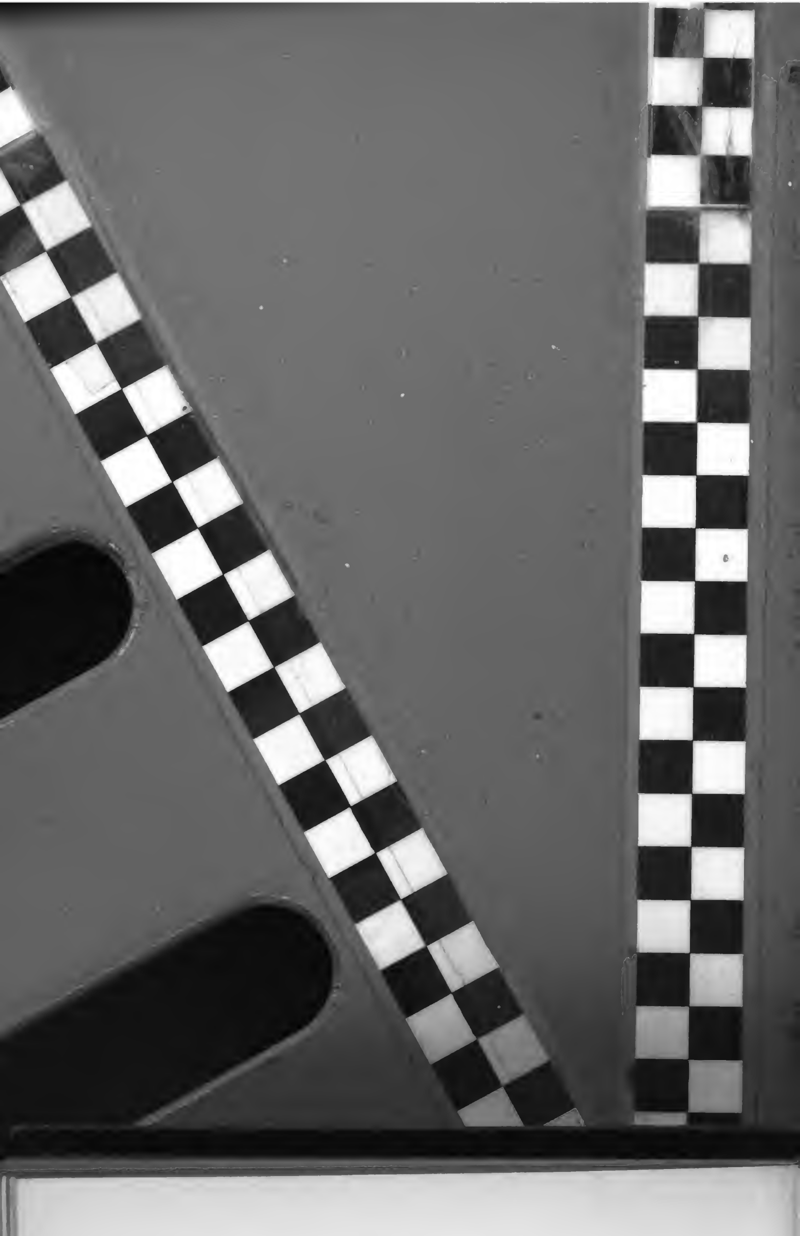
---

2) So zutreffend Kisch S. 87. Diese Pflicht zur Erteilung des Vornamens ist sogar strafrechtlich durch §§ 68, 22 Nr. 1 des Personenstandsges. v. 6. Febr. 1875 geschützt.

3) Vgl. §§ 1355, 1577, 1719, 1736, 1758, 1772 B.G.B.

4) Vgl. Wulff III S. 122.

5) Vgl. Niemeyer S. 20; Wulff III S. 122 Anm. 1; Amtsger. Zusammenstellung 1900 S. 206; Beibl. 1907 Nr. 100. Dieser Satz ist jedenfalls in Geltung seit der durch Rat- und Bürgerschaftsbeschluß vom 16. Nov. 1815 erfolgten Einrichtung der Geburts-, Trau- und Totenregister. — Eine



Bei Angehörigen anderer Staaten richtet sich das Recht zur Änderung des Namens nach ihrem Heimatsrecht.

Da es sich hier um öffentliches Recht handelt, so ist diese Vorschrift erhalten geblieben.

2. Eine Änderung des Namens liegt nur vor, wenn jemand an Stelle seines Familien- oder Vornamens ganz oder teilweise einen andern annehmen, nicht aber, wenn er für bestimmte Gelegenheiten ein Pseudonym führen oder in bezug auf die Schreibweise des Namens geringfügige Abweichungen vornehmen will. In der Hinzufügung eines zweiten Namens zum bisherigen Namen dürfte immer eine Namensänderung zu erblicken sein.[6]

3. Die Wirkung der gewillkürten Namensänderung erstreckt sich auf denjenigen, der sie nachgesucht hat, oder für den sie nachgesucht worden ist, seine Ehefrau und seine in seiner elterlichen Gewalt befindlichen Kinder, mögen dieselben zur Zeit der Namensänderung bereits geboren sein oder später erst geboren werden.

III. Den Adel als solchen kennt das Hamburgische Recht nicht. Er hat nur insoweit rechtliche Bedeutung, als er den Namen beeinflußt. Eine Versetzung in den Adelstand abseiten eines auswärtigen Souveräns bedeutet lediglich eine Änderung des Familiennamens. Will der Geadelte den Adel in seinem Namen führen, so bedarf er, falls er Hamburgischer Staatsangehöriger ist, der Genehmigung des Senats.[7]

Zweites Kapitel.

Juristische Personen.

Erster Titel.

Juristische Personen des Privatrechts.

1. Die Vereine.

§ 16. Das Vereinsrecht im allgemeinen.

Der erste Entwurf des B.G.B. hatte es wegen des engen Zusammenhangs des privaten mit dem öffentlichen Vereinsrechte und der zurzeit noch verschiedenen Gestaltung des letzteren in den einzelnen Staaten ab-

Namensänderung liegt auch vor, wenn eine Ehefrau, die neben dem Familiennamen des Mannes ihren Geburtsnamen unter der Beifügung „geborene" führt, den letzteren ändern will. — § 13 des Ges. v. 17. Nov. 1865 betr. die Standesregister räumte der Aufsichtsbehörde für die Standesämter

gelehnt,[1] Bestimmungen über den Erwerb der Rechtsfähigkeit seitens der Vereine aufzustellen. Er wollte dies vollständig dem Landesrecht überlassen. Dieser Standpunkt ist im B.G.B. nicht aufrechterhalten worden. Dasselbe regelt nach verschiedenen Richtungen den Erwerb der Rechtsfähigkeit seitens der Vereine. Doch greift auch nach seinen Vorschriften das öffentliche Vereinsrecht und damit das Landesrecht vielfach in das private Vereinsrecht ein.

I. Das öffentliche Vereinsrecht enthält die öffentlichrechtlichen Bestimmungen über die Bildung, Kontrollierung und Auflösung von Vereinen ohne unmittelbare Rücksicht auf ihre private Rechtsfähigkeit. Es ist aber mittelbar von größtem Einfluß auf das private Vereinsrecht. Denn ein Verein im privatrechtlichen Sinne ist nur denkbar, wenn er nach öffentlichem Vereinsrecht existenzfähig ist. Wird er auf Grund des letzteren aufgelöst, so verliert er auch seine privatrechtliche Existenz. Dagegen ist mit der Existenz eines Vereins im öffentlichrechtlichen Sinne nicht notwendig die Rechtsfähigkeit verbunden. Auch wenn einem Vereine die Rechtsfähigkeit entzogen ist, kann er doch noch als Verein im öffentlichrechtlichen Sinne fortbestehen.

Die Zuständigkeit der Reichsgesetzgebung zur Regelung der öffentlichrechtlichen Seite des Vereinsrechts besteht auf Grund von Art. 4 Ziff. 16 der Reichsverfassung, doch hat das Reich bisher von dieser Befugnis einen Gebrauch nicht gemacht. Abgesehen von einigen Einzelbestimmungen beruht daher das öffentliche Vereinsrecht auf Landesgesetz.

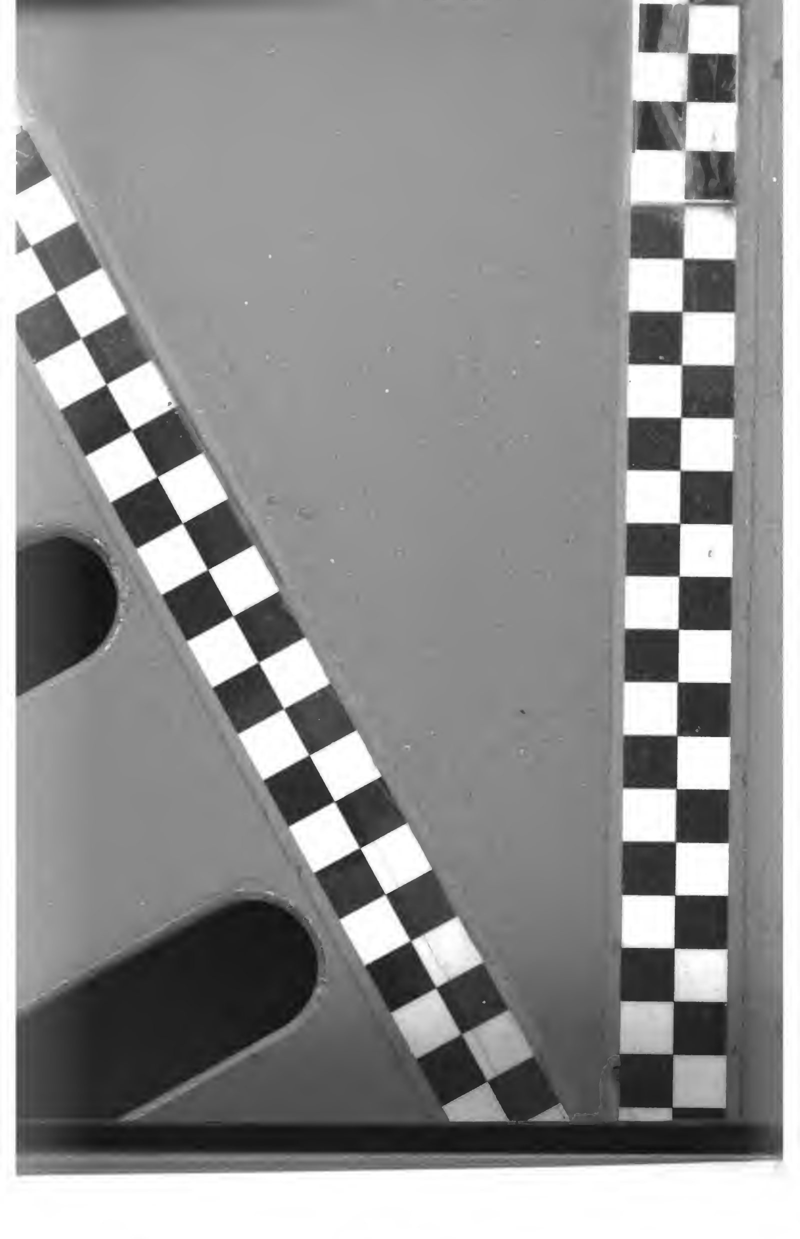
Mit Rücksicht auf den engen Zusammenhang zwischen dem öffentlichen und dem privaten Vereinsrecht erscheint es auch in diesem Werke geboten, einen Überblick über das öffentliche Vereinsrecht Hamburgs zu geben.

II. Das private Vereinsrecht regelt die Teilnahme der Vereine am vermögensrechtlichen Verkehr, insbesondere die Frage der privaten Rechtsfähigkeit, welche die Voraussetzung für diese Teilnahme bildet, sowie die Rechte und Pflichten der Mitglieder des Vereins gegenüber dem letzteren und im Verhältnis zueinander. Es ist größtenteils

die Befugnis ein, aus besonderen Gründen" die Änderung von Vornamen zu gestatten. Beibl. 1887 Nr. 35 läßt es dahingestellt, ob diese Bestimmung aufgehoben ist. Diese Frage dürfte zu bejahen sein, da das ganze Gesetz beseitigt ist.

6) Vgl. Oertmann S. 49, Kisch S. 88.
7) Vgl. Amtsger.Zusammenstellung 1900 S. 206.

1) Vgl. Mot. z. Entw. I Bd. I S. 91.



im Bürgerlichen Gesetzbuch enthalten. Einzelne dem Grenzgebiet zwischen öffentlichem und privatem Recht angehörige Fragen sind auch hier dem Landesrecht zur Regelung verblieben.

1. Nach dem Reichsrecht erlangen Vereine, deren Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist und die ihren Sitz innerhalb des Deutschen Reiches haben, die Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts (§ 21 B.G.B.).

Andere Vereine können die Rechtsfähigkeit nur durch staatliche Verleihung, und zwar soweit sie im Deutschen Reiche ihren Sitz haben, abseiten des betreffenden Bundesstaates, soweit sie im Reiche ihren Sitz nicht haben, abseiten des Bundesrates erwerben (§§ 22, 23 B.G.B.).

a) Bez. der in das Vereinsregister einzutragenden Vereine ist das Landesrecht zuständig für Bestimmungen

α) über die Führung der Register,

β) über das Einspruchsrecht der Verwaltungsbehörde gegen die Eintragung von Vereinen, welche nach dem öffentlichen Vereinsrecht unerlaubt sind oder verboten werden können oder aber einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgen.

b) Bez. der übrigen Vereine ist das Landesrecht, soweit dieselben ihren Sitz in einem Bundesstaate haben, zuständig für Bestimmungen

α) über die Zuständigkeit und das Verfahren hinsichtlich der Erteilung der staatlichen Verleihung,

β) über die Verfassung dieser Vereine (Art. 82 E.G. z. B.G.B.).

c) Bez. sämtlicher Vereine ist das Landesrecht zuständig für den Erlaß von Vorschriften über die Kompetenz und das Verfahren bei Entziehung der Rechtsfähigkeit.

2. Das Reichsrecht regelt nicht die Frage, ob Vereine, die schon unter altem Recht bestanden haben, rechtsfähig sind. Diese Frage bestimmt sich nach altem Recht. Der Landesgesetzgebung steht aber das Recht zu, diese Frage neu zu regeln, was für Hamburg geschehen ist (s. § 19).

§ 17. Das öffentliche Vereinsrecht.

I. Das öffentliche Vereinsrecht ist für Hamburg geregelt durch das Gesetz vom 19. Mai 1893 betr. das Versammlungs- und Vereinigungsrecht.[1]

1. Das Gesetz enthält keine Begriffsbestimmung des „Vereins", sondern setzt dieselbe voraus. Man hat unter einem Verein im Sinne des obigen Gesetzes jede auf die Dauer berechnete organisierte Verbindung mehrerer Personen zu verstehen, welche zu einem bestimmten gemeinschaftlichen Zweck gebildet ist. Insofern stimmt das öffentliche mit dem privaten Vereinsrecht überein.

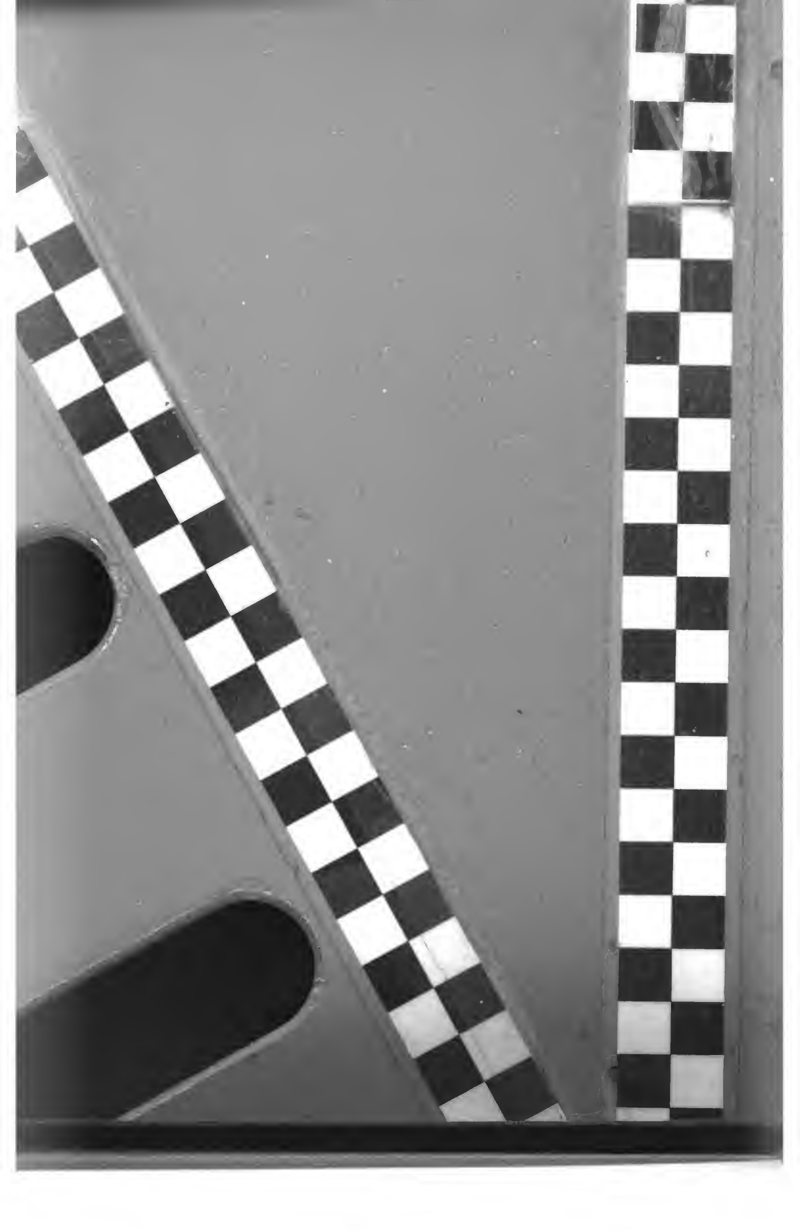
2. Die Bildung des Vereins erfolgt auf privatrechtlichem Wege durch übereinstimmende Willenserklärung der Mitglieder. Beschränkungen hinsichtlich der Teilnahme von Frauen und Minderjährigen an Vereinen kennt das Hamburgische Recht nicht.

3. Einer behördlichen Genehmigung bedarf der Verein zu seiner Existenz nicht, weder mit Rücksicht auf seinen Zweck, noch auch auf seinen Umfang. Das Hamburgische Vereinsrecht steht, wie schon die revidierte Verordnung zur Verhütung des Mißbrauchs des Versammlungs- und Vereinigungsrechts vom 30. Juni 1851,[2] formell auf dem Boden der allgemeinen Vereinigungsfreiheit.

4. Auch eine polizeiliche Anzeige ist für den entstandenen Verein nicht grundsätzlich vorgeschrieben. Nur für eine Kategorie von Vereinen ist vorgeschrieben, daß binnen dreimal 24 Stunden nach der ersten Versammlung die Namen und Wohnungen der Vorstandsmitglieder der Polizei mitgeteilt werden. Auch sind die Statuten dieser Vereine binnen einer Woche nach ihrer Feststellung einzureichen und ist jede Veränderung in den Statuten oder im Vorstande der Polizei anzuzeigen (§§ 9, 10 Vereinsges.).

Diese Vorschriften beziehen sich auf diejenigen Vereine, in denen öffentliche Angelegenheiten erörtert oder beraten werden. Als öffentliche Angelegenheiten in diesem Sinne sind alle Angelegenheiten anzusehen, welche nicht ausschließlich das Interesse einzelner Privater oder des Vereins als solchen betreffen, sondern die Gesamtheit des Gemeinwesens oder wenigstens über die des Vereins hinausgehende Interessen berühren. Auch wenn zunächst eine Frage, z. B. ein Ausstand oder eine Aussperrung, nur einen Verein berührt, kann sie doch auch das

1) Vgl. Wulff I S. 91.
2) Vgl. Wulff 1. Aufl. I S. 43.



allgemeine Interesse berühren und daher zu einer öffentlichen Angelegenheit werden.[3] Als Vereine, welche unter diese Vorschrift fallen, sind jedenfalls diejenigen anzusehen, welche im Sinne von § 61 B.G.B. einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgen.

Diese Bestimmung trifft auch zu auf die Vereine der Wahlberechtigten zum Reichstage, welche den Betrieb der den Reichstag betreffenden Wahlangelegenheiten zu ihrer Aufgabe gemacht haben.[4]

Die Entgegennahme der Anzeige seitens der Behörde hat lediglich eine ordnungspolizeiliche, dagegen keinerlei rechtliche Bedeutung. Weder ist die Anzeige von Bedeutung für die Gründung des Vereins, noch auch enthält die Annahme der Anzeige irgend eine Art von Genehmigung des Vereins, welche dem Hamburgischen Recht an sich fremd ist.

II. Die Vereinigungsfreiheit findet ihre Schranken darin, daß gewisse Vereine mit Rücksicht auf den Vereinszweck oder die Vereinstätigkeit gesetzlich verboten sind (§ 1 Vereinsges.).

1. Dies betrifft Vereine, deren Zweck oder Tätigkeit

a) mit den Gesetzen in Widerspruch steht. Dies sind nicht nur Vereine, welche als solche vom Gesetz verboten sind,[5] sondern auch Vereine, welche mit dem Zwecke der Begehung von Handlungen, die gegen das Gesetz verstoßen, gebildet werden.[6]

Das Gesetz kann ein zivil- oder strafrechtliches sein. Daher sind auch Vereine verboten, welche auf Handlungen gerichtet sind, die gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, auch wenn sie nicht strafbar sind;[7]

---

3) Vgl. Entsch. des R.G. in Straff. 22 S. 338; Vogt, Entsch. des Hans. O.L.G. in Straff. S. 428, 432; Aussch.Ber. d. Bürg. 1892 Nr. 14; Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1893 S. 13; Mascher, Das Versammlungs- und Vereinsrecht Deutschlands S. 16; Wulff I S. 93 Anm. 1, 4.

4) Diese Vereine unterliegen nach § 17 des Wahlges. für den deutschen Reichstag v. 31. Mai 1869 im allgemeinen nicht dem landesrechtlichen Vereinsrecht, doch kommen nach Abs. 2 die Bestimmungen über die Anzeige der Vereine auch auf diese Vereine zur Anwendung.

5) Dazu gehören z. B. nach §§ 128, 129 St.G.B. solche Vereine, deren Dasein, Verfassung oder Zweck vor der Regierung geheim gehalten werden soll oder in welchen gegen unbekannte Obere Gehorsam oder gegen bekannte Obere unbedingter Gehorsam versprochen wird, oder solche, zu deren Zwecken oder Beschäftigungen es gehört, Maßregeln der Verwaltung oder die Vollziehung von Gesetzen durch ungesetzliche Mittel zu verhindern oder zu entkräften; ferner solche politischen Vereine, welche entgegen § 49 des Reichsmilitärges. v. 2. Mai 1874 aktive Militärpersonen heranziehen.

6) Z. B. von hoch- oder landesverräterischen Unternehmungen, Veranstaltung verbotener Lotterien.

7) Vgl. §§ 134, 138 B.G.B.

b) den öffentlichen Frieden oder die öffentliche Sicherheit gefährdet. Der öffentliche Friede und die öffentliche Sicherheit bedeuten den Zustand des beruhigenden Bewußtseins der Staatsangehörigen, in ihren berechtigten Interessen genügend geschützt zu sein und zu bleiben. Eine Gefährdung liegt vor, sobald die Möglichkeit einer Umwandlung dieses Zustandes der Beruhigung in einen Zustand der Beunruhigung besteht.[8]

2. Die rechtliche Lage der verbotenen Vereine ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, ergibt sich aber aus allgemeinen Grundsätzen.

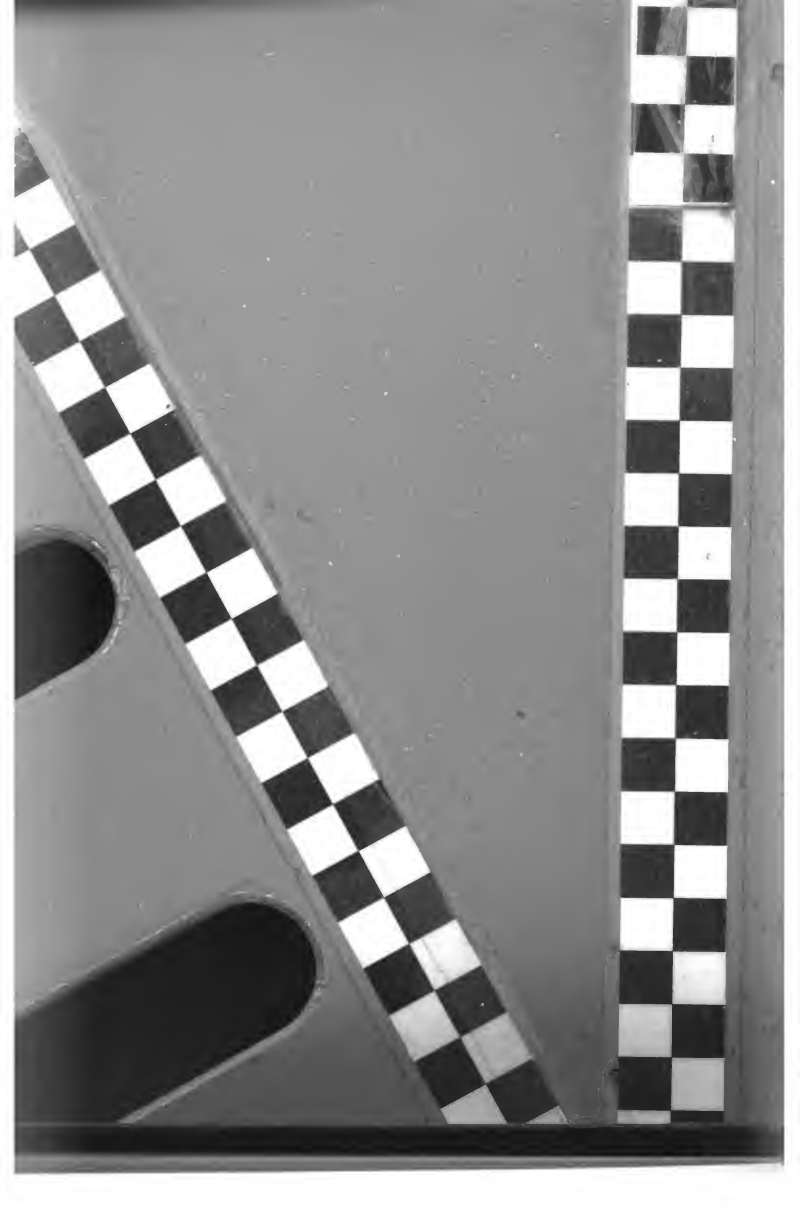
Die Vereine sind von Rechts wegen verboten, haben mithin gar keinen rechtlichen Bestand, soweit sie von vornherein verboten sind. War der Verein von Anfang an mit Rücksicht auf seinen Zweck oder seine Tätigkeit erlaubt, trat aber erst nachher der Zustand ein, der ihn zu einem verbotenen macht, gefährdet z. B. die Tätigkeit eines an sich erlaubten Vereins den öffentlichen Frieden, so hört mit dem Moment, in welchem dieser Zustand beginnt, die rechtliche Existenz des Vereins von Rechts wegen auf. Die polizeiliche Auflösung, welche gegen die verbotenen Vereine stets erfolgen kann, hat insofern nur deklaratorische Bedeutung.

III. Über das Recht des Staates zur Auflösung von Vereinen enthält das Gesetz keine ausdrücklichen Vorschriften. Entscheidend ist hierfür die Vorschrift über die verbotenen Vereine. Jeder Verein kann von der Polizei aufgelöst werden, sobald er hinsichtlich seines Zwecks oder seiner Tätigkeit unter die Kategorie der verbotenen Vereine fällt (s. unter II 2).

Inwieweit eine derartige polizeiliche Verfügung im ordentlichen Rechtswege anfechtbar ist oder nur durch Beschwerde an den Senat, bestimmt sich danach, ob in der Verletzung des Vereinsrechts die Verletzung eines Privatrechts im Sinne von § 24 Abs. 2 des Verh.Ges. zu erblicken ist.[9] Diese Frage ist an sich zu bejahen. Das Recht, sich zu einem Verein zusammenzutun, ist ein Privatrecht, ebenso wie die Mitgliedschaft am Verein als Privatrecht aufzufassen ist. Dagegen ist es

8) Vgl. Rechtspr. d. R.G. in Strafs. 3 S. 632.

9) S. § 56 II 3 a. Vgl. auch Beibl. 1892 Nr. 135, 1894 Nr. 120; 1899 Nr. 128. Wenn in der ersteren Entscheidung das Recht, eine öffentliche Versammlung einzuberufen, als ein politisches und nicht als ein Privatrecht erklärt wird, so hat dies mit der vorliegenden Frage, bei der es sich lediglich um die Bildung eines Vereins handelt, nichts zu tun.



eine Frage des öffentlichen Rechts, ob ein Verein öffentlich hervortreten und sich mit öffentlichen Angelegenheiten befassen darf. Immerhin wird durch die Auflösung des Vereins auch in die Privatrechte der einzelnen Mitglieder eingegriffen.

Von der öffentlichrechtlichen Auflösung des Vereins ist die nach § 43 B.G.B. zulässige Entziehung der Rechtsfähigkeit grundsätzlich zu unterscheiden. Während die Auflösung des Vereins den Verlust der privaten Rechtsfähigkeit notwendig zur Folge hat, kann ein Verein die letztere verlieren, aber als nichtrechtsfähiger Verein weiter bestehen.

§ 18. Das private Vereinsrecht der neuen Vereine.

I. In Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften erlangt ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist,[1] Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung (§ 22 B.G.B.). Soweit für solche Vereine reichsgesetzlich eine Form des Erwerbs der Rechtsfähigkeit vorgeschrieben ist, z. B. für Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung usw., ist der Erwerb durch staatliche Verleihung ausgeschlossen.

1. Die staatliche Verleihung erfolgt, falls der Verein seinen Sitz in Hamburg hat, durch den Senat[2] (§ 1 A.G. z. B.G.B.). Ein besonderes Verfahren ist hierfür nicht vorgeschrieben.

Die Verleihung der Rechtsfähigkeit kann an besondere Bedingungen und Einschränkungen geknüpft werden. Dies ergibt sich daraus, daß die Verleihung der Rechtsfähigkeit im freien Ermessen des Senats steht. So kann derartigen Vereinen z. B. der Erwerb von Grundeigentum untersagt oder erschwert werden,[3] auch kann die Befugnis,

---

1) Über die Frage, wann ein auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteter Zweck anzunehmen ist, vgl. Dernburg I S. 202; Planck I § 21 Anm. 2. Ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb fordert, daß durch fortgesetzte Tätigkeit die Erlangung wirtschaftlicher Vorteile oder die Abwehr wirtschaftlicher Nachteile erstrebt wird; es muß aber der Verein als solcher einen wirtschaftlichen Nutzen erstreben, es genügt nicht, daß er nur unmittelbar die Wirtschaft seiner Mitglieder fördern will. Vgl. über den Verein „Kreditreform" Beibl. 1900 Nr. 50 und Dernburg a. a. O. Anm. 5.

2) Da für Vereinigungen mit wirtschaftlichen Zwecken im allgemeinen die verschiedenen Gesellschaftsformen des Reichsrechts genügen, so soll die Verleihung nur in Ausnahmefällen gewährt werden (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 26). Ein Anspruch auf Verleihung der Rechtsfähigkeit steht solchen Vereinen niemals zu.

3) Gesetzliche Erwerbsbeschränkungen für juristische Personen, wie sie nach Art. 86 E.G. z. B.G.B. zulässig sein würden, bestehen in Hamburg nicht.

unter gewissen Bedingungen dem Verein die Rechtsfähigkeit zu entziehen, vorbehalten werden.

2. Nach Art. 82 E.G. z. B.G.B. ist dem Landesrecht gestattet, Vorschriften über die Verfassung derjenigen Vereine, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht, zu treffen.

Von diesem Vorbehalt hat Hamburg einen Gebrauch nicht gemacht. Demnach kommen für diese Vereine die Vorschriften des B.G.B. über die Vereine (§§ 24—53) zur Anwendung, soweit sie zwingend sind, unbedingt, soweit sie eine Abänderung gestatten, eventuell in der Fassung der Vereinssatzungen.

Die Änderung der Vereinssatzungen bedarf staatlicher Genehmigung (§ 33 Abs. 2 B.G.B.). Dies bezieht sich auf jede Änderung, welche an Vorschriften der Satzungen vorgenommen wird, mag sie auch an sich nicht von erheblicher Bedeutung sein. Zuständig für die Erteilung der Genehmigung ist der Senat (§ 1 A.G. z. B.G.B.).

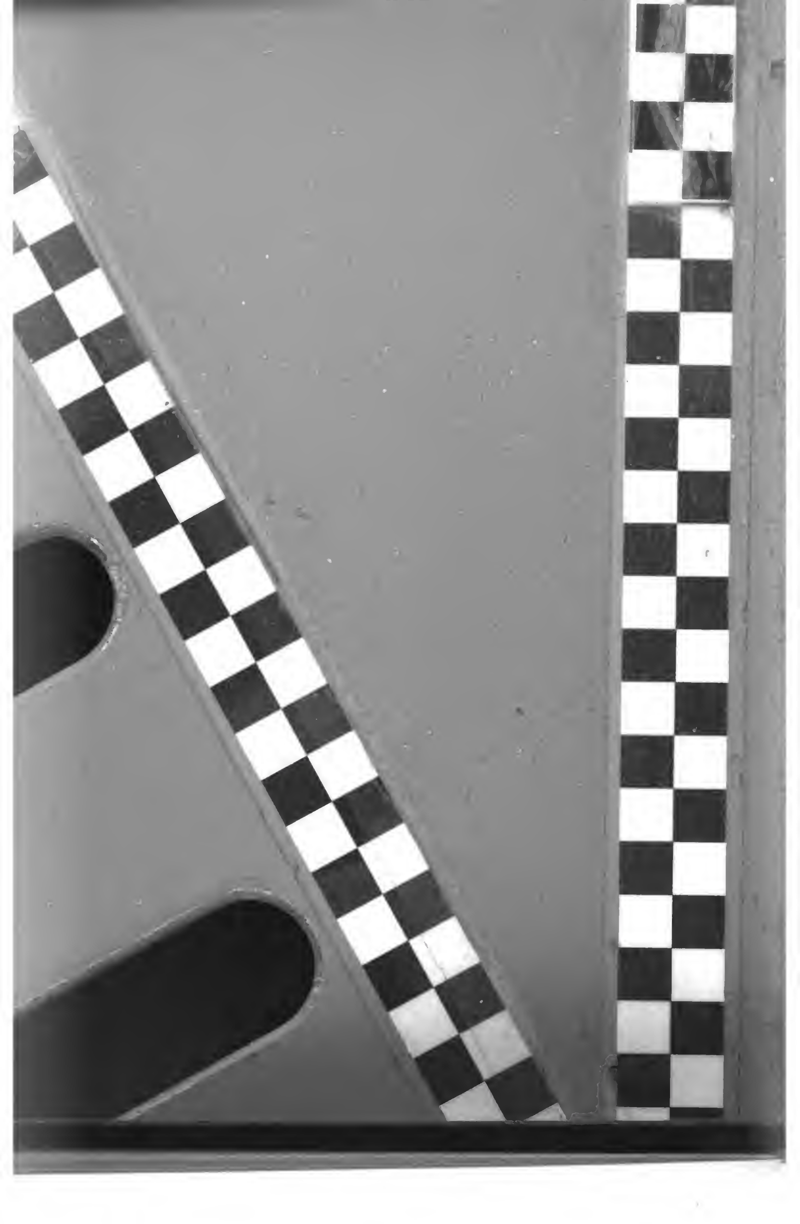
3. Der Verlust der durch staatliche Verleihung erteilten Rechtsfähigkeit richtet sich nach dem B.G.B. (§§ 42 ff.). Hervorzuheben ist, daß die Rechtsfähigkeit einem Vereine, dessen Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht, entzogen werden kann, wenn er einen anderen als den in der Satzung bestimmten Zweck verfolgt (§ 43 Abs. 4 B.G.B.). S. auch unter II.

II. Jedem rechtsfähigen Vereine, mag er die Rechtsfähigkeit durch Verleihung oder Eintragung erworben haben, kann unter den im § 43 B.G.B. aufgeführten Voraussetzungen die Rechtsfähigkeit durch Akt der Staatsgewalt entzogen werden.[4]

Die Zuständigkeit und das Verfahren hinsichtlich der Entziehung der Rechtsfähigkeit bestimmen sich, da in Hamburg ein Verwaltungsstreitverfahren bislang nicht besteht, nach den Vorschriften der §§ 20, 21 G.O. (§ 44 B.G.B.). Ergänzende Vorschriften hierzu trifft § 2 A.G. z. B.G.B. Danach regelt sich das Verfahren folgendermaßen:

---

4) Dies ist der Fall, wenn der Verein durch einen gesetzwidrigen Beschluß der Mitgliederversammlung oder durch gesetzwidriges Verhalten des Vorstandes das Gemeinwohl gefährdet, wenn ein Verein mit idealen Tendenzen einen wirtschaftlichen, wenn ein Verein, der einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck satzungsgemäß nicht hat, einen solchen Zweck verfolgt und wenn ein Verein, dessen Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht, einen anderen als den satzungsmäßigen Zweck verfolgt.



1. Der **Beschluß**, durch welchen dem Verein die Rechtsfähigkeit entzogen wird, ist, falls der Verein seinen Sitz im Stadtgebiet hat, von der Polizeibehörde, falls er seinen Sitz im Landgebiet hat, von der betreffenden Landherrnschaft zu erlassen.

Der **Bescheid** hat den **gesetzlichen Grund für die Entziehung** anzugeben und ist dem Vertreter des Vereins zuzustellen.[5] Eine nähere Begründung ist nicht vorgeschrieben, es genügt die Bezeichnung des Entziehungsgrundes mit den Worten des Gesetzes.

2. Gegen den Bescheid ist die **Beschwerde an den Senat** abseiten des zur Vertretung des Vereins Berechtigten, event. des Vorstandes (§ 26 B.G.B.), zulässig.[6]

Die Anmeldung der Beschwerde erfolgt auf der Senatskanzlei, und zwar entweder schriftlich oder zu Protokoll.[7]

Die Beschwerde ist bei Verlust des Rechtsmittels binnen 14 Tagen, vom Tage der Eröffnung des Bescheides an gerechnet, schriftlich zu rechtfertigen.[8] Die Rechtfertigungsschrift ist auf der Senatskanzlei einzureichen.[9]

3. **Über die Beschwerde** entscheidet der **Senat**, und zwar in einer aus fünf seiner Mitglieder gebildeten Sektion.

a) Zu der Verhandlung ist der Vertreter des Vereins schriftlich unter der Verwarnung zu laden, daß beim Ausbleiben nach Sach- und Aktenlage werde entschieden werden.[10]

b) Ist der Vertreter des Vereins erschienen, so ist er in der Verhandlung zu hören.

c) Die Verhandlung, zu welcher die Anwesenheit mindestens dreier

---

5) Regelmäßig geschieht die Zustellung an den Vorstand; falls dieser aus mehreren Personen besteht, genügt die Zustellung an ein Mitglied (§ 28 Abs. 2 B.G.B.).

6) Vgl. § 2 Abs. 3 A.G. z. B.G.B., Ver. v. 3. Sept. 1869 betr. Ausf. d. G.O. (Wulff II S. 506), Bek. v. 19. Jan. 1900 betr. Rekursverfahren in Gewerbesachen (Wulff I S. 520).

7) Vgl. Bek. v. 19. Jan. 1900 (Wulff I S. 520).

8) Diese Frist beruht auf § 20 G.O. An und für sich enthält weder das Reichs- noch das Landesrecht Bestimmungen über die Berechnung der Frist (vgl. Landmann G.O. 3. Aufl. S. 182). Es ist aber anzunehmen, daß auf das Verfahren der Entziehung der Rechtsfähigkeit, das an sich auf dem B.G.B. beruht, auch dessen Vorschriften über die Fristberechnung zur Anwendung kommen. Daher ist nach § 187 Abs. 1 B.G.B. der Tag der Eröffnung nicht mitzurechnen. Als solcher gilt der Tag der Zustellung des Bescheides.

9) Sie kann nach Nr. 2 Bek. v. 19. Jan. 1900 mit der schriftlichen Anmeldung der Beschwerde verbunden werden.

10) Vgl. Nr. 3 Bek. v. 19. Jan. 1900 (Wulff I S. 520).

Mitglieder der Sektion und eines Protokollführers erforderlich ist, findet öffentlich statt, doch kann die Öffentlichkeit gemäß §§ 173—176 G.V.G. wegen Gefährdung der öffentlichen Ordnung, insbesondere der Staatssicherheit oder der Sittlichkeit, ausgeschlossen werden.[11]

d) Der Bescheid über die Beschwerde ist mit Gründen zu versehen und dem Vertreter des Vereins schriftlich zuzustellen.[12]

III. Ein *Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist*, erlangt Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des Amtsgerichts.

1. Die *Anmeldungen* zum Vereinsregister sind mittels *öffentlich beglaubigter Erklärung* zu bewirken (§ 77 B.G.B.).

a) Für die *öffentliche Beglaubigung* sind *zuständig*

α) die Notare,[13]

β) die Gemeindevorsteher in gewissen Gemeinden,[14]

γ) die Gerichtsschreiber (§ 4 A.G. z. B.G.B.). Es ist jeder Gerichtsschreiber des Amtsgerichts für die Beglaubigung zuständig. Die Beglaubigung erfolgt ebenso wie diejenige seitens der Notare nach der Vorschrift des § 183 F.G.G.[15]

b) Die öffentliche Beglaubigung wird auch ersetzt durch von dem Registerrichter oder einem Notar erfolgte *Beurkundung der Anmeldeerklärung* (§ 129 Abs. 2 B.G.B.).[16]

c) Die Anmeldung kann auch zum *Protokoll des Gerichtsschreibers* des Registergerichts erfolgen.[17]

2. Die *Einrichtung der Register* und die *Form der Eintragungen* ist geregelt durch die Bundesratsverordnung vom

11) Vgl. § 21 Ziff. 5 G.O.; Ver. v. 21. Juni 1869 (Wulff I S. 507).

12) Vgl. § 20 Abs. 2 G.O.

13) Die durch § 157 Abs. 2 F.G.G. gegebene Zuständigkeit der Amtsgerichte ist gemäß §§ 191 Abs. 2 F.G.G., 15 Hamb. F.G.G. ausgeschlossen Vgl. im übrigen über die öffentliche Beglaubigung § 31.

14) Vgl. § 31 II 4.

15) Die Zulässigkeit dieser Bestimmung beruht auf § 191 Abs. 1 F.G.G.

16) In diesem Falle ist die Zuständigkeit des Amtsgerichts zur Beurkundung nicht ausgeschlossen (§ 14 Hamb. F.G.G.). Doch ist nur der betr. Registerrichter zuständig, da ihm gegenüber die Erklärung abzugeben ist.

17) Dies ergibt sich aus §§ 159, 128 F.G.G. Doch ist hier, im Gegensatz zu a γ nicht jeder Gerichtsschreiber des Amtsgerichts, sondern nur derjenige des Registergerichts zuständig. Diese Art der Anmeldung enthält keine Beglaubigung der Unterschrift und erfolgt nicht in der Form des § 183 F.G.G. S. auch Beibl. 1901 Nr. 22.

18) Beide sind abgedruckt Ges.Sammlung 1900 II S. 1 und bei Wulff III S. 251.



3. November 1898 §§ 1—11 und die Verfügung der Senatskomm. für die Justizverwaltung vom 1. Januar 1900.[18]

Hervorzuheben ist, daß der Richter die Verfügungen auf die Anmeldungen und auf alle das Register betreffenden Gesuche und Anträge zu treffen hat, daß aber der eigentliche Registerführer, der die Eintragungen zu bewirken hat, der Gerichtsschreiber ist. Die Ausfertigung des Zeugnisses über den Vorstand (§ 69 B.G.B.) erfolgt durch den Gerichtsschreiber, welcher das Gerichtssiegel dem Ausfertigungsvermerk beizufügen hat.[19]

Wird eine Eintragung abgelehnt, so sind die Gründe der Ablehnung mitzuteilen.

Für jeden eingetragenen Verein werden besondere Akten gehalten, denen wörtliche Abschriften der auf den Verein bezüglichen Eintragungen vorgeheftet sind. In diese Registerakten sind diejenigen Schriftstücke aufzunehmen, welche zu den Eintragungen gehören.[20]

3. Durch die Eintragung erlangt der Verein die Rechtsfähigkeit und die Änderung der Satzung eines eingetragenen Vereins Wirksamkeit. Die Eintragung hat also konstitutive Bedeutung.[21]

Dagegen kommt dem Vereinsregister ebensowenig wie dem Güterrechtsregister ein öffentlicher Glaube zu. Der Schutz gutgläubiger Dritter bemißt sich im ganzen nach denselben Grundsätzen wie beim Handelsregister und beim Güterrechtsregister.[22]

4. Gegen die Eintragung gewisser Vereine kann die Verwaltungsbehörde Einspruch erheben mit der Wirkung, daß die Eintragung nicht erfolgen darf und der Verein die Rechtsfähigkeit nicht erlangt (§ 61 B.G.B.). Zu dem Zwecke ist jede an sich zulässige Anmeldung der Verwaltungsbehörde mitzuteilen.[23]

a) Der Einspruch richtet sich gegen solche Vereine, welche

α) nach dem öffentlichen Vereinsrecht unerlaubt sind oder verboten werden können. Diesbezüglich ist auf S. 90 ff. zu verweisen. Daraus ergibt sich, daß nach Hamburgischem Recht nur solche Vereine verboten werden können, welche an sich unerlaubt sind, welche also von Rechts wegen eine Existenz gar

---

19) Vgl. Verf. v. 1. Jan. 1900 Nr. 4 und § 6 Hamb. F.G.G.

20) Vgl. §§ 4, 10 Bundesratsver. v. 3. Nov. 1898; Nr. 8 Verf. v. 1. Jan. 1900.

21) Vgl. Kisch S. 108.

22) Vgl. hierfür insbesondere §§ 68, 70 B.G.B.

23) Eine besondere Form ist für diese Mitteilung nicht vorgeschrieben.

nicht haben und deshalb auch die Rechtsfähigkeit nicht erwerben können. Ob ein solcher Fall vorliegt, hat das Amtsgericht zu prüfen, da ein verbotener, d. h. rechtlich nicht bestehender Verein, eine zulässige Anmeldung gar nicht einreichen kann.[24]

Übersieht das Amtsgericht dies, so muß die Verwaltungsbehörde Einspruch gegen die Eintragung erheben; es steht daher nicht, wie bei den unter β genannten Vereinen in ihrem Belieben, ob sie Einspruch erheben will. Die Ablehnung der Eintragung enthält hier gleichzeitig die Feststellung, daß der Verein überhaupt nicht besteht, während in den übrigen Fällen das Bestehen des Vereins von der Nichteintragung nicht berührt wird.

β) einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgen.

Die Feststellung dieser Begriffe gehört in das Reichsrecht.[25]

b) Als Verwaltungsbehörde, welcher die Anmeldung mitzuteilen und die zur Erhebung des Einspruchs berechtigt ist, fungiert, wenn der Verein nach der Anmeldung seinen Sitz im Stadtgebiet Hamburg haben soll, die Polizeibehörde, andernfalls die zuständige Landherrnschaft (§ 3 A.G. z. B.G.B.).

Die Behörde hat zu prüfen, ob ein Fall des Einspruchsrechts vorliegt und ob es geboten ist, von diesem Recht Gebrauch zu machen.

c) Entscheidet sich die Behörde für die Einlegung des Einspruchs, so hat sie dies binnen 6 Wochen dem Amtsgericht mitzuteilen (§ 63 B.G.B.). Der Einspruch kann auch später noch eingelegt werden, soweit nicht inzwischen die Eintragung im Register erfolgt ist.[26] Handelt es sich um einen unerlaubten Verein, so kann er jederzeit erhoben und muß die Eintragung dann gelöscht werden. In diesem Fall wird aber die Behörde stets zur Auflösung des Vereins schreiten.

d) Eine Begründung des Einspruchs ist nicht vorgeschrieben. Es genügt die Erklärung der Behörde, daß sie Ein-

24) Vgl. Planck I § 60 Anm. 1; Kisch S. 105.
25) Vgl. Dernburg I S. 206; Planck I § 61 Anm. 2; Crome, System I S. 239; Eck, Vorträge S. 72.
26) Vgl. Prot. der II. Komm. I S. 565; Planck I § 63 Anm. 1.

spruch gegen die Eintragung erhebe.[27] Das Amtsgericht hat dies dem Vertreter des Vereins mitzuteilen.

e) Gegen den Einspruch kann seitens des Vertreters des Vereins Beschwerde erhoben werden. Dieselbe kann aber lediglich darauf gestützt werden, daß die gesetzlichen Voraussetzungen des Einspruchs nicht vorliegen, daß also der Verein kein unerlaubter, politischer, sozialpolitischer oder religiöser sei, nicht aber darauf, daß das öffentliche Interesse an sich nicht erfordere, dem Verein den Erwerb der Rechtsfähigkeit zu untersagen.

f) Über die Beschwerde entscheidet der Senat, und zwar in einer aus fünf Mitgliedern gebildeten Sektion. Das Verfahren bez. Einlegung der Beschwerde, der Verhandlung und Entscheidung über dieselbe ist das gleiche wie unter II 2, 3 dargestellt.

Die Entscheidung der Sektion hat sich ebenso wie die Beschwerde lediglich auf den Punkt zu beschränken, ob ein gesetzlicher Grund für die Einlegung des Einspruchs vorlag.

Will der Verein geltend machen, daß die von der Polizeibehörde angestellten Zweckmäßigkeitserwägungen unzutreffend seien, so steht ihm das Recht der Beschwerde gegen die Behörde im reinen Verwaltungswege an den Senat zu.

g) Wird der Verein entgegen den Vorschriften über das Einspruchsrecht der Behörde eingetragen, so ist die Eintragung nicht unwirksam, der Verein erlangt also die Rechtsfähigkeit trotzdem, doch muß im Falle des Einspruchs der Behörde die unzulässige Eintragung von Amts wegen wieder gelöscht werden.[28]

5. Die Auflösung des Vereins und die Entziehung der Rechtsfähigkeit sind in das Register einzutragen. Doch hat diese Eintragung nur deklarative Bedeutung. Der Verlust der Rechtsfähigkeit tritt im Falle der Entziehung mit der Rechtskraft des Beschlusses ein, durch welchen die Entziehung erfolgt.[29]

---

27) Anders nach Kisch S. 106 in Elsaß-Lothringen, wo ausdrücklich durch § 2 der Ver. v. 6. Dez. 1899 vorgeschrieben ist, daß die Behörde den Grund des Einspruchs anzugeben hat.

28) Vgl. Planck I § 63 Anm. 2; Kisch S. 107; §§ 159, 142 F.G.G. Nach § 143 F.G.G. kann die Löschung der Eintragung auch direkt vom Landgericht Hamburg verfügt werden.

29) Dies ist aus §§ 73 Abs. 2, 43, 44 B.G.B. zu entnehmen.

§ 19. Das Übergangsrecht der alten Vereine.

I. Nach altem Recht galt jeder Verein, der sich zu einem bestimmten Zweck dergestalt gebildet hatte, daß sein Bestand von dem Ein- und Austritt der Mitglieder unabhängig war, und der als fest organisierte, mit Satzungen versehene Korporation nach außen in die Erscheinung trat, als rechtsfähig, ohne daß er einer besonderen staatlichen Anerkennung bedurfte.[1] Die Verweigerung der staatlichen Anerkennung hatte auf die Fähigkeit der Vereine, vor Gericht aufzutreten, oder Vermögen, auch von Todes wegen, zu erwerben, keinen Einfluß.[2]

Nur für die Zuschreibung von Grundeigentum und Hypotheken wurde auf Grund von § 1 Gesetz vom 20. März 1863 betr. den Erwerb von Grundeigentum[3] eine besondere dem Verein erteilte Ermächtigung, sich Grundstücke oder Hypotheken in öffentlichen Büchern zuschreiben zu lassen, gefordert.

II. Nach Art. 163 E.G. z. B.G.B. finden auf die zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. bestehenden Vereine mit juristischer Persönlichkeit grundsätzlich die §§ 25—53 B.G.B. Anwendung. Dagegen entscheidet sich die Frage, ob die Vereine, welche am 1. Januar 1900 bestanden, das Recht der juristischen Person besaßen, nach dem alten Recht.

Um in dieser Beziehung vollständige Klarheit zu schaffen, ist durch § 5 A.G. z. B.G.B., welcher schon am 14. Juli 1899[4] in Kraft getreten ist, ausdrücklich bestimmt worden, welche bestehenden Vereine am 1. Januar 1900 als rechtsfähig gelten sollten. Hieraus ergibt sich folgendes:

1) Vgl. Beibl. 1879 Nr. 75, 1881 Nr. 88, 1883 Nr. 52, 1888 Nr. 80, 87, 183, 1893 Nr. 88, 1900 Nr. 143, Hauptbl. 1881 Nr. 88, 1886 Nr. 9; Mittelstein, Hamb. Ges. betr. Grundeig. usw. 2. Aufl. S. 116 Anm. 4; Niemeyer S. 28; Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 26.

2) Vgl. Baumeister I S. 61; Beibl. 1881 Nr. 88, 1893 Nr. 88.

3) Vgl. Wulff 1. Aufl. II S. 295. Dies Ges. sprach dies nur für den Erwerb von Grundeigentum ausdrücklich aus, während § 29 Ges. v. 4. Dez. 1868 betr. Grundeigentum und Hypotheken ohne Beschränkung jeden, der überhaupt Subjekt von Rechten sein konnte, für fähig erklärte, Hypotheken zu erwerben. Infolgedessen hält Mittelstein (zu § 29 des gen. Ges.) das Erfordernis einer besonderen Autorisation des Senats hinsichtlich des Erwerbs von Hypotheken nicht für gesetzlich begründet. Die Beamten des Hypothekenamts lehnten es aber ab, Hypotheken auf den Namen eines Vereins einzutragen, wenn der Verein nicht vom Senat ermächtigt war, sich Hypotheken zuschreiben zu lassen. Vgl. auch Baumeister I S. 61; Niemeyer S. 28; Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 26; Beibl. 1900 Nr. 143.

4) Gemäß § 100 Abs. 2 A.G. z. B.G.B.

1. Von den alten Vereinen besitzen die Rechtsfähigkeit:

a) Diejenigen Vereine, welche bis zum 31. Dezember 1899 vom Senat die Ermächtigung erhalten haben, sich Grundstücke oder Hypotheken in den öffentlichen Büchern zuschreiben zu lassen. Die Rechtsfähigkeit dieser Vereine beruht im Sinne des neuen Rechts nicht auf staatlicher Verleihung, denn nach dem A.G. ist die staatliche Ermächtigung nur ein Kriterium für die Entscheidung der Frage, ob ein rechtsfähiger Verein vorliegt; wesentlich ist, daß der Verein schon unter altem Recht als rechtsfähiger Verein bestanden hat.[5]

b) Diejenigen Vereine, welche am 1. Mai 1899 mit dem Sitz in Hamburg bestanden und bis zum 31. Dezember 1899 bei der Justizkommission für die Justizverwaltung die Erteilung eines Zeugnisses über ihre Rechtsfähigkeit beantragt haben und welchen dies Zeugnis erteilt worden ist.[6]

α) Dem Antrag mußten die Satzungen beigefügt sein, welche Zweck, Namen und Sitz des Vereins enthalten und den Vorschriften des § 58 B.G.B. entsprechen mußten, sowie die Urkunden über die Bestellung des Vorstandes.

β) Die Senatskommission für das Justizwesen hatte zu prüfen, ob die Voraussetzung unter α vorlag und ob der Verein nicht nach dem öffentlichen Vereinsrecht ein verbotener war. War die Voraussetzung unter α gegeben und stand der Verein nicht mit dem öffentlichen Vereinsrecht im Widerspruch, betrug auch die Zahl der Mitglieder des Vereins mindestens 7, so mußte das Zeugnis erteilt werden.

Auch diese Rechtsfähigkeit beruht nicht auf staatlicher Verleihung. Das ergibt sich daraus, daß hier nur die Existenz der früheren Rechts-

---

5) Insofern ist nicht Habicht S. 112 Anm., sondern Wulff III S. 4 Anm. 1 zuzustimmen. Ersterer berücksichtigt nicht genügend, daß nach altem Recht, welches aufrechterhalten werden sollte (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 26), der Erwerb der Rechtsfähigkeit ohne jeden staatlichen Akt erfolgte und nur das Recht zum Erwerb von Grundeigentum von der Ermächtigung des Senats abhing. Die Rechtsfähigkeit wurde hierdurch an sich nicht berührt.

6) Der Wortlaut des § 5 Abs. 2 A.G. z. B.G.B. spricht nur davon, daß der Antrag auf Erteilung des Zeugnisses vor dem 31. Dezember 1899 gestellt sein müsse. Es kann aber nicht zweifelhaft sein, daß es nicht nur auf die Antragstellung, sondern auch auf die Tatsache ankommt, daß das Zeugnis wirklich erteilt ist, da diese Erteilung nicht in jedem Falle, sondern nur nach Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen erfolgen soll. Allerdings kommt es nicht darauf an, ob das Zeugnis vor oder nach dem 1. Januar 1900 erteilt ist, wenn nur der Antrag rechtzeitig gestellt war. Vgl. Beibl. 1900 Nr. 143; Wulff III S. 4 Anm. 2.

fähigkeit durch das Zeugnis bescheinigt werden sollte. Das Ablehnungsrecht der Behörde war nur ein sehr beschränktes, konnte insbesondere nicht nach Zweckmäßigkeitserwägungen ausgeübt werden.[7]

c) Diejenigen alten Vereine, welche sich unter neuem Recht nach den Vorschriften des letzteren in das Vereinsregister haben eintragen lassen oder die Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung erworben haben.

2. Die rechtliche Lage der alten, nach jetzigem Recht rechtsfähigen Vereine ist eine verschiedene, je nach dem Grunde, auf welchem ihre Rechtsfähigkeit beruht.

a) Soweit die alten Vereine sich nachträglich in das Vereinsregister haben eintragen lassen, unterliegen sie vollständig dem neuen Recht.

b) Auf die übrigen alten Vereine, welche gemäß 1 a, b die Rechtsfähigkeit erlangt haben, finden die Vorschriften der §§ 25—53 B.G.B. Anwendung und zwar die zwingenden unbedingt.

Als solche sind besonders zu erwähnen: die Vorschriften über die Notwendigkeit eines Vorstandes, die Widerruflichkeit seiner Bestellung beim Vorliegen eines wichtigen Grundes, die Zulässigkeit einer Bestellung des Vorstandes durch das Gericht im Notfalle, die Haftung des Vereins für seine schuldhaften Handlungen, der Ausschluß der Stimmberechtigung bei widerstreitendem Interesse, die Sonderrechte usw.[8]

Soweit die Vorschriften des B.G.B. nicht zwingend sind und die alten Satzungen Vorschriften enthalten, sind diese in Kraft geblieben.

c) Entscheidend ist, daß die Rechtsfähigkeit der alten Vereine unter 1 a, b weder auf staatlicher Verleihung, noch auf der Eintragung beruht. Es finden also weder die Bestimmungen über die Eintragung im Vereinsregister noch diejenigen über die staatliche Verleihung Anwendung. Insbesondere kommt der Art. 82 E.G. z. B.G.B., nach welchem die Landesgesetze Vorschriften über die Verfassung solcher Vereine treffen können, nicht in Betracht. Diese Vorschrift hat bisher für Hamburg eine praktische Bedeutung überhaupt nicht.

Die alten Vereine unterliegen auch nicht der Vorschrift des § 33 Abs. 1 B.G.B. und bedürfen nicht einer staatlichen Genehmigung ihrer Satzungsänderungen.

---

7) Auch Habicht (a. a. O.) nimmt an, daß diese Rechtsfähigkeit nicht auf dem Konzessionierungssystem, sondern dem System der Normativbestimmungen beruht.

8) Vgl. Habicht S. 116, Kisch S. 113.



Fraglich kann es erscheinen, ob der Senat befugt ist, den alten Vereinen die unter altem Recht erteilte Ermächtigung, sich Grundeigentum zuschreiben zu lassen, zu entziehen. Diese Frage ist zu verneinen, da die Entziehung der Rechtsfähigkeit nach Maßgabe des neuen Rechts erfolgt und dieses eine solche teilweise Beschränkung der Rechtsfähigkeit nicht kennt.

3. Diejenigen alten Vereine, welche die Rechtsfähigkeit gemäß § 5 A.G. z. B.G.B. nicht erlangt haben, gelten als nichtrechtsfähige Vereine, bis sie auf Grund des neuen Rechts durch Eintragung oder staatliche Verleihung die Rechtsfähigkeit erwerben.[9]

a) Auf diese Vereine finden aber nicht gemäß § 54 B.G.B. die neuen Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung, sondern es sind Vereinigungen, welche gemäß Art. 170 E.G. z. B.G.B. dem alten Recht unterliegen, abgesehen davon, daß sie nicht mehr rechtsfähig sind.[10]

b) Auf diese Vereine findet nicht das reine Sozietätsrecht Anwendung, vielmehr bleiben auch sie vom Wechsel ihrer Mitglieder unberührt;[11] es kann das einzelne Mitglied austreten, ohne damit den ganzen Verein aufzulösen. Die solidarische Haftbarkeit der Handelnden, welche § 54 B.G.B. für das neue Recht anordnet, ergibt sich für die alten Vereine aus § 30 E.G. z. A.H.G.B. vom 22. Dezember 1865 in Verbindung mit Art. 280 H.G.B.

c) Die prozessualen Vorschriften des neuen Rechts über nichtrechtsfähige Vereine finden auch auf diese Vereine Anwendung.[12] Es kann also ein solcher Verein verklagt werden und er hat im Rechtsstreite die Stellung eines rechtsfähigen Vereins (§ 50 Z.P.O.). Sodann genügt zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen eines nichtrechtsfähigen Vereins ein gegen den Verein ergangenes Urteil (§ 735 Z.P.O.). Auch kann über einen solchen Verein das Konkursverfahren eröffnet werden (§ 213 K.O.). Damit haben die Vereine einen Teil ihrer Rechtsfähigkeit, die ihnen bis zum 1. Januar 1900 zukam, bewahrt.

---

9) Vgl. Beibl. 1900 Nr. 129.

10) So mit Recht Habicht S. 127, Dernburg I S. 218, Oertmann S. 72; Dorner-Seng S. 59. A. M. ohne nähere Begründung Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 27.

11) Würden diese Vereine als Gesellschaften anzusehen sein, so würden auf sie z. B. die §§ 723, 725, 727, 728 B.G.B. (vgl. Entsch. d. R.G. 61 S. 329; Habicht S. 313) anwendbar sein, was den Bestand der Vereine in schwerster Weise gefährden müßte.

12) Vgl. Dernburg I S. 219; Habicht S. 129.

2. Die Stiftungen.

§ 20. Die Rechtsverhältnisse der neuen Stiftungen.

Das Reichsrecht hat das Recht der Stiftungen nicht erschöpfend geregelt. Es überläßt dem Landesrecht einen erheblichen Teil der erforderlichen Vorschriften. Soweit das Landesrecht solche Vorschriften nicht getroffen hat, entscheidet der Inhalt des Stiftungsgeschäftes.

I. Entstehung der Stiftung (§ 80 B.G.B.).

Die Entstehung der Stiftung erfordert

1. ein Stiftungsgeschäft. Dasselbe wird entweder in einer Verfügung von Todes wegen oder in Schriftform unter Lebenden errichtet. Es ist eine einseitige Willenserklärung und muß den Willen, eine selbständige, rechtsfähige Stiftung zu schaffen, einen bestimmten dauernden Zweck (Stiftungszweck), die Grundzüge einer Organisation und die Mittel zur Verwirklichung des Zwecks (Stiftungsvermögen) angeben.[1] Der Stifter kann die Ergänzung seiner Bestimmungen dem Staate vorbehalten.

2. eine staatliche Genehmigung. Dieselbe wird von demjenigen Bundesstaate erteilt, in welchem die Stiftung ihren Sitz hat. Als Sitz der Stiftung gilt, falls das Stiftungsgeschäft nichts anderes bestimmt, der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird.

a) Voraussetzung für die Erteilung der Genehmigung ist die Stellung eines Antrags seitens einer legitimierten Person. Legitimiert ist bei Stiftungen unter Lebenden der Stifter, nach seinem Tode der Erbe, bei Stiftungen von Todes wegen der Erbe oder Testamentsvollstrecker, event. auch das Nachlaßgericht (§ 83 B.G.B.).[2]

b) Die Genehmigung wird durch den Senat erteilt (§ 6 A.G. z. B.G.B.). Die Erteilung der Genehmigung steht im freien Ermessen des Senats. Gegen eine die Genehmigung versagende Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben.

c) Bis zur Erteilung der Genehmigung befindet sich die Stiftung in einem Schwebezustande. Solange ist der Stifter[3] zum Widerrufe

---

1) Vgl. Dernburg I S. 281; Planck I § 81 Anm. 2. — Über die Befugnis des Senats, bei der Genehmigung bez. der Verfassung ergänzende Bestimmungen zu treffen, s. unter II.

2) Vgl. Dernburg I S. 282; Planck I § 81 Anm. 6; Wulff III S. 5 Anm. 7.

3) Nicht aber sein Erbe, falls der Stifter das Gesuch bei der Behörde bereits eingereicht oder im Falle der notariellen Beurkundung des Stiftungsgeschäfts den Notar bei oder nach der Beurkundung mit der Einreichung betraut hatte. Eine durch Testament errichtete Stiftung ist natürlich wie jedes Testament widerruflich.

berechtigt, der aber, falls der Antrag beim Senat bereits gestellt ist, nur diesem gegenüber erklärt werden kann (§ 81 B.G.B.).

d) Erst mit der Erteilung der Genehmigung entsteht die Stiftung.

Wird die Genehmigung verweigert, so wird das Stiftungsgeschäft hinfällig.

II. Die Verfassung der Stiftung beruht in erster Linie auf den Bestimmungen des Stiftungsgeschäfts, soweit diese nicht zwingenden gesetzlichen Vorschriften widersprechen, in zweiter auf den reichsrechtlichen, in dritter auf den landesrechtlichen Vorschriften (§ 85 B.G.B.). Durch Landesgesetz können Vorschriften über die Verfassung der Stiftung getroffen werden, welche den Bestimmungen des Stiftungsgeschäfts vorgehen, aber den reichsrechtlichen Vorschriften nicht widersprechen dürfen.

1. Das Reichsrecht trifft nur wenig Vorschriften über die Verfassung. Danach muß die Stiftung einen Vorstand haben, der sie vertritt und auf dessen Geschäftsführung in Ermanglung besonderer für den einzelnen Fall getroffener Bestimmungen die Vorschriften über den Auftrag Anwendung finden. Ferner ist die Stiftung für den Schaden haftbar, welchen ihre Organe in Ausführung ihrer Verrichtungen Dritten zufügen.[4]

2. Das Landesrecht hat diese Vorschriften wesentlich ergänzt, und zwar einmal nach der Richtung der Gewährung einer weitgehenden Befugnis an den Senat hinsichtlich der Änderung der Bestimmungen über die Verfassung, andrerseits hinsichtlich der Bestellung und der Kontrolle des Vorstandes.

a) Der Senat kann bei oder nach Genehmigung der Satzung die Bestimmungen über die Verfassung ändern und ergänzen. Dabei ist der Begriff der Verfassung ziemlich weit zu nehmen. Er bezieht sich nicht nur auf die Vorschriften über die Organisation der Stiftung, sondern auch auf alle sonstigen Bestimmungen, welche zur Sicherung einer ordnungsmäßigen Verwaltung des Stiftungsvermögens und seiner Verwendung für den Stiftungszweck erforderlich erscheinen, z. B. Vorschriften über die Anlegung des Stiftungsvermögens, über die Ausschreibung der stiftungsgemäß zu gewährenden Zuwendungen usw.[5]

---

4) Vgl. §§ 86, 26, 27 Abs. 3, 28—31 B.G.B.
5) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 28; Wulff III S. 6 Anm. 2.

Doch dürfen die Bestimmungen des Senats weder den Zweck der Stiftung umwandeln, noch ihr Erlöschen betreffen (§ 9 A.G. z. B.G.B.).

α) Bei Genehmigung der Stiftung ist der Senat inhaltlich in seinen Vorschriften über die Verfassung nicht beschränkt. Er bedarf aber der Zustimmung des Stifters, falls dieser noch am Leben ist. Ist der Stifter verstorben, so ist die Zustimmung der Erben nicht erforderlich; vielmehr ist nur instruktionell die Anhörung der Erben vorgeschrieben.[6] Doch kann der Stifter in letzterer Beziehung abweichende Vorschriften treffen, insbesondere dahin, daß der Senat keine Änderung der Verfassung ohne Zustimmung der Erben oder Testamentsvollstrecker treffen dürfe, oder umgekehrt dahin, daß letztere vor einer Änderung überhaupt nicht gehört werden sollen (§ 7 A.G. z. B.G.B.).

β) Besteht die Stiftung bereits, so kann der Senat ergänzende Bestimmungen zu der bei Erteilung der Genehmigung festgestellten Verfassung jederzeit treffen,[7] abändernde Bestimmungen aber nur, wenn die Bestimmungen der Verfassung unausführbar geworden sind oder wenn bei ihrer fortgesetzten Beobachtung die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich oder wesentlich beeinträchtigt werden würde (§ 8 A.G.).[8]

Derartige Anordnungen kann der Senat auch wiederholt treffen (§ 10 A.G.).

In allen Fällen ist zur Gültigkeit dieser Anordnungen die Zustimmung des noch lebenden Stifters erforderlich. Auch soll der Vorstand der Stiftung vorher gutachtlich gehört werden, ohne daß dies auf die Gültigkeit der Anordnung von Einfluß ist (§ 11 A.G.). Eine Anhörung der Erben ist nicht vorgeschrieben.

Erfolgt die Zustimmung des Stifters nicht, oder nimmt der Senat

6) Eine vom Senat angeordnete Änderung der Verfassung, über welche die Erben nicht gehört worden sind, ist trotzdem gültig, falls der Stifter nicht etwas anderes bestimmt hat. Hat der Stifter die obligatorische Anhörung der Erben vorgeschrieben, so kann daraus ev. entnommen werden, daß im Falle der Nichtbefolgung der Anordnung eine Änderung der Verfassung ungültig sein soll. Doch ist dies Interpretationsfrage.

7) Schon unter altem Recht konnten Änderungen der Satzung einer bestehenden Stiftung verfügt werden, und zwar ursprünglich durch den Senat, später durch das Obergericht, seit 1. Oktober 1879 (§ 3 Ges. v. 25. Juli 1879) durch die Vormundschaftsbehörde, ohne daß die Grenzen der zulässigen Änderungen gesetzlich festgelegt waren. Doch war dazu die Genehmigung der Stiftungsverwalter erforderlich.

8) Eine wesentliche Beeinträchtigung ist nicht darin zu erblicken, daß die Anordnungen des Stifters unter veränderten Zeitumständen weniger zweckmäßig werden oder die von ihm verfügten Beschränkungen sich als überflüssig erweisen (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 29).

die Änderung einer Bestimmung vor, ohne daß die gesetzliche Voraussetzung hierfür vorliegt, so ist die Anordnung des Senats nichtig. Die Frage, ob die Voraussetzungen vorgelegen haben, ist von den Gerichten nachzuprüfen, falls dieselben die betreffende Vorschrift der Verfassung anwenden sollen.

b) Die Art und Weise der Ernennung des Vorstandes wird grundsätzlich durch das Stiftungsgeschäft bestimmt. Reichsrechtlich kann in dringenden Fällen beim Fehlen von Vorstandsmitgliedern das Amtsgericht auf Antrag für die Zeit bis zur Hebung des Mangels Vorstandsmitglieder bestellen (§§ 86, 29 B.G.B.).

α) Das Amtsgericht hat dem Vorstande auf Antrag ein Zeugnis über seine Bestellung zu erteilen, in welchem etwaige Erweiterungen oder Beschränkungen der Vertretungsmacht des Vorstandes oder seiner Mitglieder zu vermerken sind (§ 16 A.G.). Ein besonderer öffentlicher Glaube wie dem Erbschein ist diesem Zeugnis nicht beigelegt.[9]

β) Durch das Stiftungsgeschäft oder innerhalb der unter a) dargestellten Befugnisse durch Anordnung des Senats kann die Ernennung des Vorstandes dem Amtsgericht übertragen werden[10] (§ 12 A.G.). Dies kann auch für den Fall des Wegfalls bestimmter Personen geschehen. Das Amtsgericht kann aber nicht ohne Zustimmung des von ihm ernannten Vorstandes einen andern ernennen oder die Zahl der Vorstandsmitglieder beliebig vermehren.

γ) Der Senat kann die Mitglieder des Vorstandes aus wichtigen Gründen entlassen[11] und andere Mitglieder an deren Stelle ernennen, ohne daß er hierbei durch etwaige Bestimmungen der Verfassung gehindert ist (§ 14 A.G.).

Wichtige Gründe sind insbesondere grobe Pflichtverletzung

9) Diese Bestimmung ist dem § 69 B.G.B. nachgebildet. Die Beweiskraft des Zeugnisses bemißt sich nach den allgemeinen Vorschriften über öffentliche Urkunden, im Zivilprozeß nach § 418 Z.P.O. Da die G.B.O. über die Legitimation der Vorsteher von Stiftungen keine besondere Bestimmung trifft, so kommt § 29 Abs. 2 G.B.O. zur Anwendung, wonach die Legitimation durch eine öffentliche Urkunde zu erbringen ist. Als solche genügt dieses Zeugnis (vgl. auch Wulff III S. 10 Anm. 10). Die Gebühr für das Zeugnis beträgt nach § 83 Hamb. G.K.G. 2 Mk.

10) Unter altem Recht erfolgte die Ernennung des Vorstandes in Ermangelung anderweitiger Bestimmung durch die Vormundschaftsbehörde (§ 3 Ges. v. 25. Juli 1879).

11) Im alten Recht hatte der Senat dies Recht bez. der milden Stiftungen, welche obrigkeitlicher Aufsicht unterstanden, dagegen fehlte es für andere Stiftungen an gesetzlichen Vorschriften.

oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung.[12] Doch werden auch z. B. grobe Fahrlässigkeit bei der Verwaltung und Mangel an Zuverlässigkeit genügen, um die Enthebung eines Vorstandsmitgliedes vom Amte zu rechtfertigen.

Soweit angängig, sollen vor der Entlassung die Beteiligten, namentlich das zu enthebende, aber auch die anderen Vorstandsmitglieder gehört werden.

Der Senat entscheidet endgültig über das Vorliegen eines Entlassungsgrundes.[13] Ein Rechtsmittel gegen seine Entscheidung ist nicht gegeben.

Die Entscheidung des Senats ist auch maßgebend für die Gerichte, falls die Berechtigung zur Entlassung später in einem Rechtsstreit von Bedeutung ist.[14]

III. Destinatäre der Stiftung sind diejenigen Personen, zu deren Gunsten die Stiftung geschaffen ist.

Ob die Destinatäre ein unmittelbares Anrecht an die Stiftung haben sollen, ob sie insbesondere gegen die Stiftung klagen dürfen oder ob der Vorstand der Stiftung über die Berechtigung der einzelnen Destinatäre entscheiden soll, ergibt sich aus der Verfassung der Stiftung; hat der Stifter bereits bestimmt, wann der Einzelne aus den Einkünften der Stiftung etwas erhalten soll und wieviel, so hat der Vorstand einfach den Willen des Stifters auszuführen und falls er dem zuwiderhandelt, kann der Destinatär ihn durch Klage zur Erfüllung dieser Pflicht anhalten. Fehlt es an einer ausdrücklichen Bestimmung hierüber oder ist die Berechtigung des Einzelnen von Voraussetzungen abhängig gemacht, die nicht objektiv und unabänderlich feststehen, über deren Vorhandensein vielmehr eine nach Maßgabe der tatsächlichen Verhältnisse des Einzelfalles zu treffende Entscheidung abzugeben ist, so ist ein Klagrecht zu verneinen,[15] insbesondere lassen sich die Vorschriften bez. der Verträge über Leistungen an Dritte hier nicht anwenden.

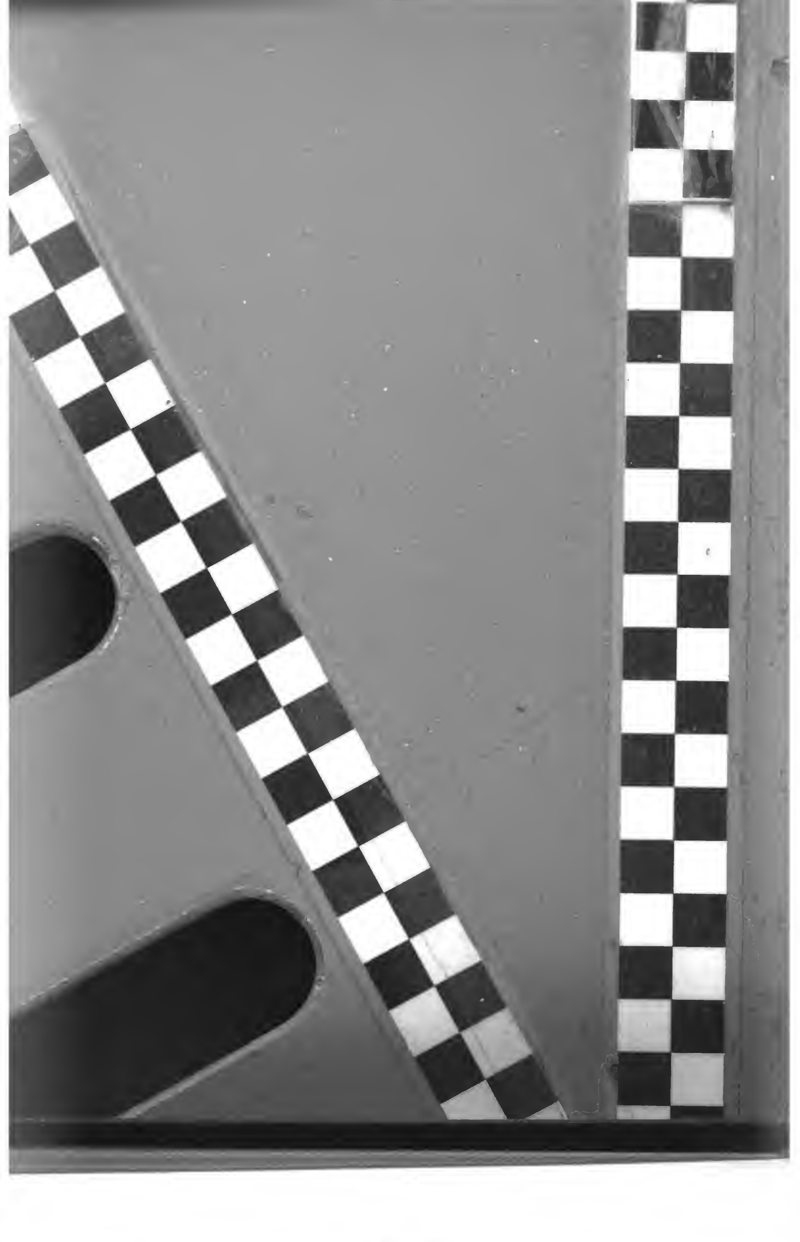
---

12) Hierbei hat § 2227 B.G.B. bez. der Entlassung von Testamentsvollstreckern als Vorbild gedient.

13) Dies kann dem Art. 89 der Verf. zuwiderlaufen, da der Verlust des Vorstandsamts mit dem Verlust vermögensrechtlicher Bezüge verbunden sein kann, also die Verletzung eines Privatrechts vorliegen kann, doch ist die Prüfung der Übereinstimmung dieser Vorschrift mit der Verf. nicht Sache der Gerichte (vgl. § 11 III 2).

14) Dagegen haben die Gerichte natürlich darüber zu entscheiden, ob dem Vorstandsmitgliede nach seiner Entlassung noch gewisse Bezüge zustehen.

15) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 134, 177; Entsch. des R.G. 9 S. 206; Jhering, Geist d. röm. Rechts 3 S. 345; Gierke, Genossenschaftstheorie S. 187; Kisch S. 120.



IV. Die Umwandlung des Zwecks einer Stiftung oder die Aufhebung derselben kann unter bestimmten Umständen erfolgen (§ 87 B.G.B.).

1. Voraussetzung hierfür ist, daß die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden ist oder das Gemeinwohl gefährdet.

2. Die Umwandlung oder Aufhebung der Stiftung erfolgt durch Beschluß des Senats (§ 17 A.G.).[16] Der Senat soll vorher den Vorstand der Stiftung hören. Er soll bei der Umwandlung tunlichst die Absicht des Stifters berücksichtigen, insbesondere dafür sorgen, daß die Erträge des Stiftungsvermögens den Destinatären möglichst erhalten bleiben (§ 87 Abs. 2, 3 B.G.B.).

3. Der Beschluß des Senats ist endgültig und durch Rechtsmittel nicht angreifbar. Ob die Voraussetzungen für die Umwandlung oder Aufhebung vorliegen, hat der Senat definitiv zu entscheiden und unterliegt das nicht der richterlichen Nachprüfung.[17]

V. Das Erlöschen der Stiftung.

1. Über das Erlöschen der Stiftung enthält das B.G.B. nur zwei Vorschriften. Danach endigt die Stiftung durch Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen (§§ 86, 42 B.G.B.) und im Falle der Aufhebung durch die zuständige Behörde (§ 87 B.G.B.). Im übrigen bestimmt sich das Erlöschen nach der Verfassung. Insbesondere ist der Senat in der Lage, bei der Erteilung der Genehmigung hierüber besondere Vorschriften zu treffen.

2. Mit dem Erlöschen der Stiftung fällt das Vermögen an die in der Verfassung bestimmten Personen (§ 88 B.G.B.). Alsdann findet eine Liquidation wie beim Erlöschen eines rechtsfähigen Vereins statt.

Enthält die Verfassung keine derartige Bestimmung, so fällt das Vermögen an den Fiskus (§ 19 A.G.).[18]

a) Der Fiskus erwirbt das Vermögen als allgemeines

16) Im alten Recht bestanden nur für die unter Staatsaufsicht stehenden milden Stiftungen Bestimmungen über die Voraussetzungen und die Zuständigkeit für Umwandlung des Stiftungszwecks. Erforderlich war bei Stiftungen mit Jahreseinkünften von mehr als 1000 Mk. Crt. Beschluß von Senat und Bürgerschaft, bei Stiftungen mit geringeren Jahreseinkünften Beschluß von Senat und Bürgerausschuß (§ 9 Ges. v. 16. Sept 1870 in der alten Fassung, s. Wulff 1. Aufl. I S. 515).

17) Vgl. Planck I § 87 Anm. 2.

18) Diese Bestimmung entspricht der des § 45 Abs. 3 B.G.B. für die Vereine, auch § 46 B.G.B. ist auf diesen Fall ausdrücklich für anwendbar erklärt worden.

Staatsvermögen, und zwar hat er dieselbe Stellung, als ob er gesetzlicher Erbe der Stiftung wäre (§§ 88, 46 B.G.B.). Demnach kann er das Vermögen nicht ausschlagen, auch kann ihm eine Inventarfrist nicht gesetzt werden, doch muß er den Stiftungsgläubigern über den Bestand des Vermögens Auskunft erteilen.[19]

b) Der Fiskus hat das Vermögen tunlichst in einer den Zwecken der Stiftung entsprechenden Weise zu verwenden.[20]

α) Da es sich hier bei der Weiterverwendung des Stiftungsvermögens um die Veräußerung von Staatsgut handelt, welche nicht schon im regelmäßigen Gange der Verwaltung liegt, also um keinen reinen Verwaltungsakt, so ist, falls es sich um ein Vermögen von 5000 Mk. oder mehr handelt, der Weg der Gesetzgebung zu beschreiten, während bei einem geringeren Vermögen die Zustimmung des Bürgerausschusses zu einem bezüglichen Senatsbeschlusse genügt.[21]

β) Die dem Fiskus hinsichtlich der Verwendung des Stiftungsvermögens auferlegte Pflicht ist keine privatrechtliche, sondern eine öffentlichrechtliche,[22] ihre Erfüllung kann also im Prozeßwege nicht erzwungen werden.

VI. Durch die vorerwähnten Bestimmungen sind den Amtsgerichten Geschäfte in Stiftungssachen, z. B. die Ernennung von Vorstandsmitgliedern, die Erteilung von Zeugnissen übertragen worden.

1. Für diese Geschäfte ist dasjenige Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk die Stiftung ihren Sitz hat (§ 20 Abs. 2 A.G.).

2. Auf das Verfahren finden die Vorschriften des ersten Abschnittes des F.G.G. Anwendung, doch findet eine weitere Beschwerde gegen die Entscheidungen des Oberlandesgerichts nicht statt (§ 20 Abs. 1 A.G.). Diese Bestimmung entspricht derjenigen des § 1 Hamb. F.G.G., welcher die Vorschriften des Reichsrechts auf die durch Landesgesetz den ordentlichen Gerichten übertragenen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Anwendung bringt.

---

19) Vgl. §§ 1922, 1942 Abs. 2, 2011 B.G.B.; vgl. ferner §§ 1966 B.G.B., 780 Z.P.O.

20) Diese in § 19 A.G. z. B.G.B. hervorgehobene Verpflichtung ergibt sich schon aus §§ 88, 46 B.G.B.

21) Dies folgt aus Art. 62, 60 Nr. 1 der Verfassung. Derartig ist auch bereits in einem Falle (Verwendung des Sicherheitsfonds der Deposito-Kasse der Hamburgischen Allgemeinen Versorgungsanstalt) im Jahre 1902 verfahren worden (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1902 S. 385, 434).

22) Vgl. Dernburg I S. 216; Planck I § 46 Anm. 2.

§ 21. Das Übergangsrecht der alten Stiftungen.

I. Zur Entstehung einer Stiftung war nach altem Recht staatliche Genehmigung nicht erforderlich. Über die Entstehung entschieden die Vorschriften des gemeinen Rechts, d. h. es genügte zur Entstehung einer rechtsfähigen Person mangels entgegenstehender gesetzlicher Vorschriften die Widmung oder Hingabe von Vermögensmitteln zu einem dauernden Zweck.[1]

Nur zum Erwerb von Grundeigentum und Hypotheken wurde ebenso wie bei Vereinen eine besondere Ermächtigung des Senats gefordert.[2]

Nach Art. 163 E.G. z. B.G.B. finden auf die alten Stiftungen die reichsrechtlichen Vorschriften der §§ 85—88 B.G.B. über die Verfassung, die Umwandlung und Aufhebung, sowie das Erlöschen der Stiftung Anwendung. Dagegen richtet sich die Entstehung der Stiftung nach altem Recht. Hieran hat die Landesgesetzgebung nichts geändert.[3]

1. Es sind also unter neuem Recht diejenigen alten Stiftungen rechtsfähig, welche

a) schon unter altem Recht die Rechtsfähigkeit besaßen. Da der Umfang der Rechtsfähigkeit sich nach neuem Recht richtet, so sind diese alten Stiftungen heute unbeschränkt rechtsfähig und bedürfen insbesondere zum Erwerb von Grunderwerb und Hypotheken keiner besonderen Ermächtigung mehr.[4] Der Besitz einer solchen Ermächtigung setzt aber außer Zweifel, daß die betreffenden Stiftungen schon unter altem Recht rechtsfähig waren.

b) nach neuem Recht eine staatliche Genehmigung erhalten haben, um dadurch ihren Charakter als rechtsfähige Stiftung klargestellt zu sehen.

Die Erteilung dieser Genehmigung steht unter den Vorschriften des neuen Rechts. Doch entsteht die aus der Zeit des alten Rechts stammende

---

1) Vgl. Baumeister I S. 60; Niemeyer S. 28; Wulff I S. 5 Anm. 6; Windscheid-Kipp I § 60; Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 27.

2) Vgl. § 19 I.

3) Es ist absichtlich beim alten Recht belassen worden, weil man der gesetzgeberischen Entscheidung der schwierigen Frage entgehen wollte, inwieweit die von Testamentsvollstreckern verwalteten Vermögensmassen als selbständige Rechtssubjekte oder als Stiftungen anzusehen seien (vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 27). Die praktischen Schwierigkeiten sind jedenfalls durch § 90 A.G. z. B.G.B. (s. § 145 I 2) beseitigt worden, welcher bei alten Nachlässen den Erwerb von Rechten und die Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß unter dem Namen des Testaments auch fernerhin gestattet.

4) Vgl. Wulff I S. 5 Anm. 6; Habicht 3. Aufl. S. 117.

Stiftung in diesem Falle nicht erst mit der Genehmigung; dies müßte die Unwirksamkeit zahlreicher vorher erfolgter Rechtshandlungen zur Folge haben. Vielmehr richtet sich die Entstehung der Stiftung als solcher nach wie vor nach dem alten Recht und wird durch die nachträglich erfolgte Genehmigung nur für die Zukunft jeder Zweifel an der Rechtsfähigkeit der Stiftung ausgeschlossen.

2. Die für die neuen Stiftungen gegebenen landesrechtlichen Vorschriften (§ 20 II—VI) kommen grundsätzlich auch auf die alten Stiftungen zur Anwendung (§ 21 A.G. z. B.G.B.).

Dies bezieht sich namentlich auf das Recht des Senats zur Entlassung des Vorstandes, auf die Ausstellung eines Zeugnisses für den Vorstand, auf die Umwandlung und Aufhebung einer Stiftung, auf den Anfall des Stiftungsvermögens nach dem Erlöschen der Stiftung an den Fiskus und auf die Anwendung der Vorschriften des F.G.G.

Besondere Vorschriften sind für die alten Stiftungen nach folgenden Richtungen gegeben worden (§ 13 A.G. z. B.G.B.):

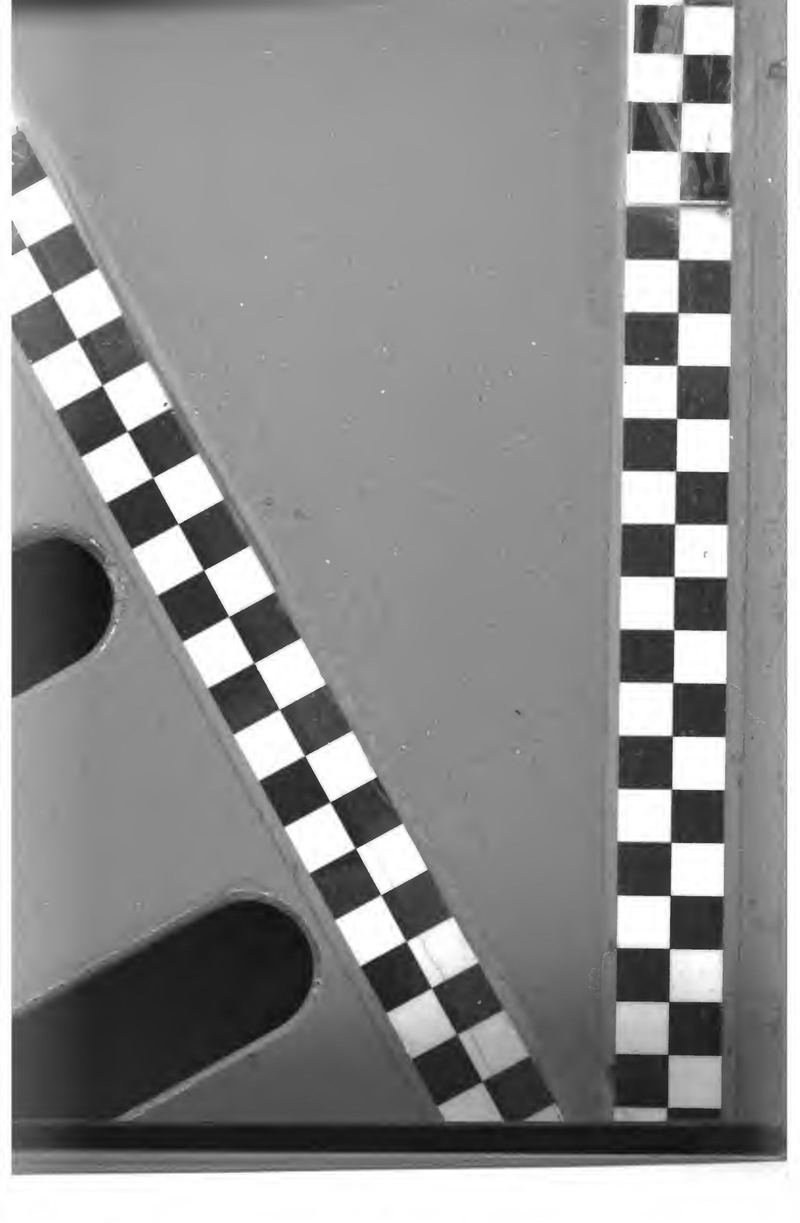
a) Der Senat kann ergänzende Bestimmungen zu der Verfassung unter denselben Voraussetzungen treffen wie bei neuen Stiftungen.[5]

Abänderungen der Verfassung durch den Senat unterliegen ebenfalls denselben Vorschriften wie bei neuen Stiftungen, soweit die Verfassung auf dem Stiftungsgeschäft beruht. Sie sind also wesentlich davon abhängig, daß die Bestimmungen der Verfassung unausführbar geworden sind oder bei ihrer fortgesetzten Beobachtung die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich oder wesentlich beeinträchtigt werden würde.

Diese Beschränkung fällt aber für den Senat fort, falls die abzuändernden Verfassungsbestimmungen nicht auf dem Stiftungsgeschäft beruhen, vielmehr auf vor dem 1. Januar 1900 gefaßten Beschlüssen des Senats, des Obergerichts oder der Vormundschaftsbehörde oder auf nach dem 1. Januar 1900 vom Senate beschlossenen Ergänzungen zur Verfassung. Doch ist die Zustimmung des noch lebenden Stifters auch hier notwendig und die Anhörung des Vorstandes der Stiftung instruktionell vorgeschrieben.

b) Während bei neuen Stiftungen das Amtsgericht nur dann den Vorstand ernennen kann, wenn ihm dies Recht durch das

5) Vgl. S. 104 f.



Stiftungsgeschäft oder Senatsbeschluß übertragen worden ist, steht dies Recht dem Amtsgericht bei alten Stiftungen in allen Fällen zu, in denen weder die Verfassung der Stiftung noch ein Senatsbeschluß etwas anderes bestimmen.

Das Amtsgericht soll, falls die Verfassung nichts anderes anordnet, regelmäßig zwei Vorstandsmitglieder bestellen.[6]

c) In der Verfassung alter Stiftungen kommt es vor, daß nicht nur die Bestellung des Vorstandes, sondern auch gewisse Akte der Vermögensverwaltung, insbesondere die Verfügung über belegtes Vermögen, von der Zustimmung des Obergerichts oder der Vormundschaftsbehörde abhängig gemacht worden sind. In solchen Fällen ist jetzt das Amtsgericht an die Stelle dieser Behörden getreten.[7]

§ 22. Die milden Stiftungen.

Eine besondere Kategorie bilden die im Hamburgischen Staatsgebiete bestehenden sog. milden Stiftungen, da sie schon nach Art. 95 der Verfassung einer verstärkten staatlichen Aufsicht unterstellt sind. Sie unterliegen dem Gesetz vom 11. September 1907 über die Oberaufsicht über milde Stiftungen, welches sofort in Kraft getreten ist.[1]

I. Der Begriff der milden Stiftungen.

Milde Stiftungen im Sinne des erwähnten Gesetzes (§ 2) sind alle zur Unterstützung von Personen bestimmten rechtsfähigen Stiftungen. Doch versteht das Gesetz hierunter nur privatrechtliche Stiftungen. Ausdrücklich ausgenommen sind die von Staats-, Gemeinde- oder Kirchenbehörden verwalteten, also die öffentlichen Stiftungen. Andererseits fallen die nach der Stiftungsurkunde ausschließlich dem Interesse der Mitglieder einer be-

6) Eine ähnliche Bestimmung trifft § 84 A.G. z. B.G.B. für die Testamentsvollstrecker, nur steht es dort im Belieben des Amtsgerichts, ob es 1 oder 2 Vollstrecker an Stelle eines fortfallenden ernennen will.

7) Am 1. Jan. 1900 sind die bei der Vormundschaftsbehörde anhängigen Stiftungssachen allgemein auf das zuständige Amtsgericht übergegangen (§ 21 Abs. 2 A.G. z. B.G.B.).

1) Dies Gesetz (Amtsbl. 1907 S. 553) ist an die Stelle des Ges. vom 16. Sept. 1870 (Wulff II S. 455) getreten. Es hat an dem letzteren nur wenig Änderungen vorgenommen und sich wesentlich darauf beschränkt, das Gesetz mit den Vorschriften des B.G.B. in Übereinstimmung zu bringen.

2) Bez. der Erlangung der Rechtsfähigkeit s. § 20 I.

stimmten Familie oder mehrerer bestimmten Familienstiftungen nur dann unter das Gesetz, wenn nach der Stiftungsurkunde mit dem Erlöschen der Stiftung das Vermögen ganz oder teilweise an den Fiskus oder andere Körperschaften des öffentlichen Rechts oder an milde Stiftungen fällt.[3]

II. Die Aufsicht über die milden Stiftungen.

1. Zuständigkeit für die Aufsicht.

a) Bei Familienstiftungen richtet sich die Aufsicht nach den Bestimmungen des Stifters (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 Ges.).

b) Abgesehen von dem Falle a) wird die Aufsicht von der Aufsichtsbehörde für die milden Stiftungen ausgeübt, die eine Sektion des Armenkollegiums ist (§ 1 Ges.).

c) Solange der Stifter am Leben und geschäftsfähig ist oder solange die Stiftung von Söhnen des Stifters verwaltet wird, wird die Aufsicht nach b) nur ausgeübt, wenn der Stifter es ausdrücklich bestimmt hat.

2. Der Inhalt der Aufsichtsbefugnis der Aufsichtsbehörde ist durch das Gesetz geregelt, während die auf Bestimmungen des Stifters beruhende Aufsicht sich nach diesen Bestimmungen richtet.

a) Die Behörde hat darüber zu wachen, daß das Vermögen der Stiftung ungeschmälert erhalten bleibt, daß die für den Stiftungszweck bestimmten Mittel dem Willen des Stifters gemäß verwandt und etwaige Überschüsse, soweit dies im Interesse einer ordnungsmäßigen Verwaltung liegt und mit den Bestimmungen des Stifters im Einklang steht, zinstragend angelegt werden (§ 3 Abs. 1 Ges.).

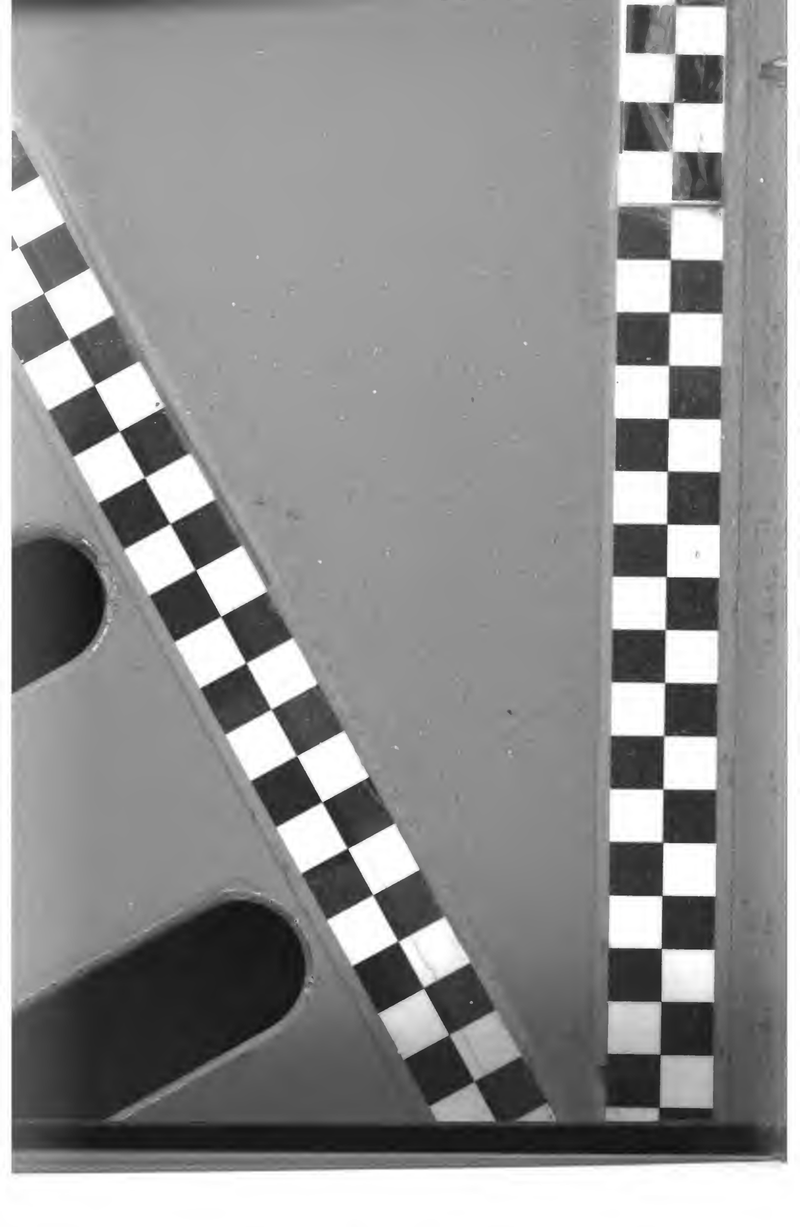
b) Die Behörde hat, soweit es mit der Selbständigkeit der Verwaltung der Stiftung vereinbar ist, auf das Zusammenwirken aller Stiftungen unter sich und mit der öffentlichen Armenpflege hinzuwirken.[4]

c) Die Aufsichtsbehörde ist zur Vertretung der Stiftung vor den Gerichten befugt, falls im Interesse der Stiftung ein Anspruch gegen

---

3) Es genügt also nicht, daß das Stiftungsvermögen mangels anderweitiger Bestimmung in der Stiftungsurkunde nach § 19 A.G. z. B.G.B. an den Fiskus fällt. Vielmehr fordert das Gesetz eine ausdrücklich dahin gerichtete Bestimmung der Stiftungsurkunde.

4) Zu dem Zwecke ist nach § 7 des Ges. eine Auskunftstelle für Wohltätigkeit gegründet worden, die der Aufsichtsbehörde untersteht.



ein Vorstandsmitglied geltend gemacht wird und ein anderer Vertreter nicht auftritt.[5]

d) Die Behörde hat die Vorstände der Stiftungen anzuhalten, daß sie ihr zur Kontrolle einreichen (§§ 4, 5 Ges.):

α) die Stiftungsurkunde und sonstige Urkunden über Art und Zweck der Stiftung;

β) jährlich eine Rechnung über die Verwaltung;

γ) mit der Jahresrechnung vollständige Namenlisten der unterstützten Personen;

δ) jede Änderung in der Zusammensetzung des Vorstandes;

ε) auf Aufforderung den Nachweis über den Bestand des Stiftungsvermögens und Auskunft über alle die Stiftung betreffenden Verhältnisse. Auch muß der Vorstand der Behörde die Besichtigung der Stiftungsgebäude gestatten.

e) Die Behörde hat, wenn die an den Vorstand ergangenen Aufforderungen zur Erfüllung seiner Pflichten und zur Abstellung von Mängeln und Mißbräuchen in der Verwaltung dauernd unberücksichtigt bleiben, oder wenn sie sonst von groben Pflichtverletzungen oder Unfähigkeit des Vorstandes zur Geschäftsführung Kenntnis erlangt, dem Senat zu berichten (§ 5 Abs. 4 Ges.).

Der Senat veranlaßt die Vernehmung der Vorstandsmitglieder und trifft eine endgültige und verbindliche Entscheidung. Er kann nach § 14 A.G. z. B.G.B. die Vorstandsmitglieder entlassen und neue ernennen. S. S. 106.

III. Umwandlung und Aufhebung einer milden Stiftung.

Über Umwandlung oder Aufhebung der Stiftung nach § 87 B.G.B. hat der Senat zu beschließen (§ 17 A.G. z. B.G.B.). Liegen die Voraussetzungen für eine solche Maßnahme vor, so hat die Aufsichtsbehörde nach Anhörung des Vorstandes dem Senat Bericht zu erstatten und gleichzeitig Vorschläge wegen anderweiter Verwendung des Stiftungsvermögens zu machen (§ 6 Ges.).

5) Die Zulässigkeit dieser in die Verfassung der Stiftungen eingreifenden Vorschrift beruht auf §§ 85, 86 B.G.B.

Zweiter Titel.

Juristische Personen des öffentlichen Rechts.

§ 23. Im allgemeinen.[1]

I. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts werden im B.G.B. erwähnt,[2] haben also eine Bedeutung auch für das Privatrecht.

1. Diese Bedeutung äußert sich vor allem darin, daß diese Personen ebenso wie die juristischen Personen des Privatrechts Rechtsfähigkeit besitzen. Die juristische Person des öffentlichen Rechts behält ihren öffentlichrechtlichen Charakter, doch nimmt sie in gewissen Beziehungen an dem privatrechtlichen Verkehr teil.

a) Dies kommt in erster Linie in Betracht hinsichtlich der Fähigkeit der juristischen Person, Besitz, Eigentum, andere dingliche Rechte zu erwerben und, soweit sie eintragungsfähig sind, auf ihren Namen ins Grundbuch eintragen zu lassen. Ebenfalls sind die juristischen Personen des öffentlichen Rechts fähig, Subjekte von Forderungen und von Schulden zu sein, sowie Erbschaften zu erwerben. In diesen Beziehungen werden die öffentlichrechtlichen juristischen Personen ebenso behandelt wie diejenigen des Privatrechts.

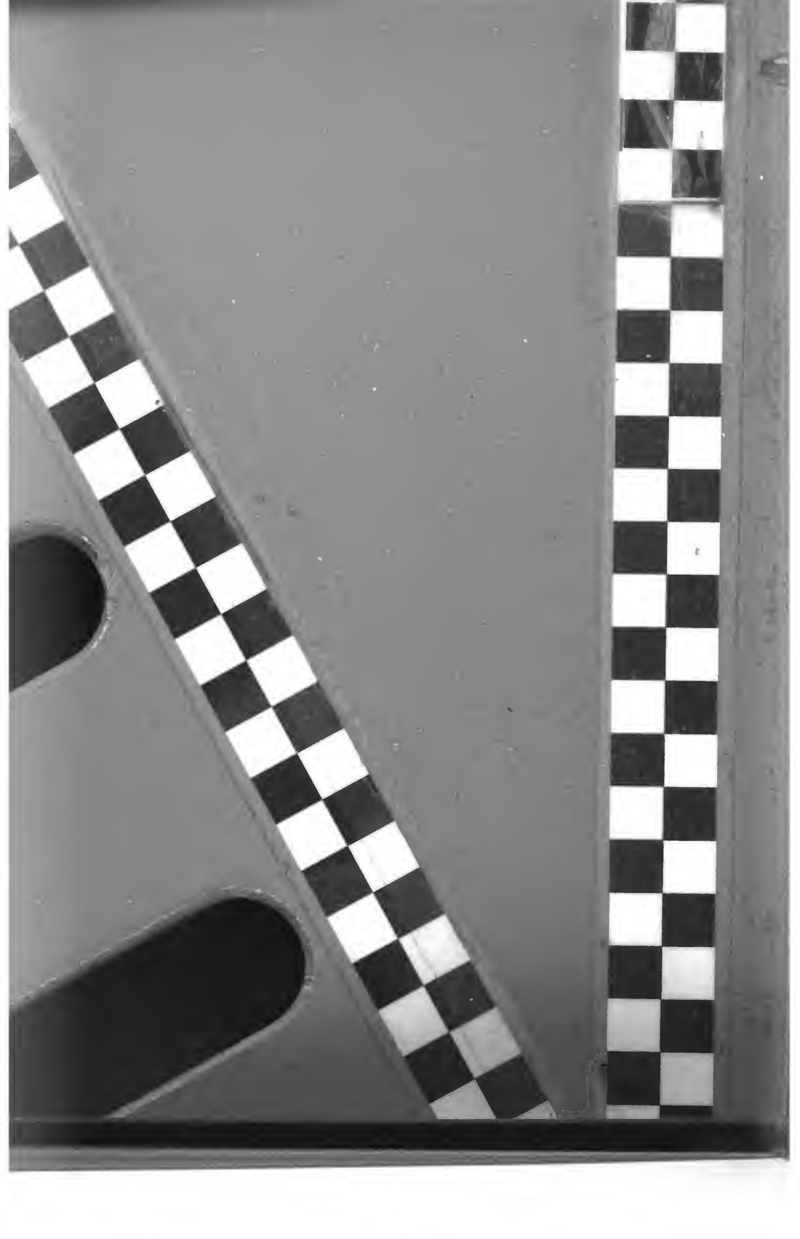
b) Laut ausdrücklicher Vorschrift (§ 89 B.G.B.) haften die öffentlichrechtlichen juristischen Personen für ihre Organe. Hierüber wird unten in § 56 ausführlicher gehandelt werden.

c) Ferner hat, soweit bei solchen Personen die Eröffnung des Konkursverfahrens zulässig ist, der Vorstand im Falle der Überschuldung die Eröffnung des Konkurses zu beantragen (§§ 89, 42 B.G.B.).

2. Dabei werden aber alle Rechtsvorgänge bei diesen juristischen Personen vom öffentlichen Recht beherrscht. Dieses bestimmt über die Entstehung und Beendigung der Person, ihre Organisation und gesetzliche Vertretung, sowie über die öffentlichrechtlichen Voraussetzungen der Gültigkeit der Rechtshandlungen, insbesondere inwieweit gewisse Akte nur im Falle der Zustimmung bestimmter Behörden rechtswirksam sind. Diese Vorschriften berühren unmittelbar die privatrechtliche Wirksamkeit der Rechtshandlungen.

---

1) Vgl. hierzu die eingehenden Ausführungen bei Kisch S. 124 ff.
2) Vgl. § 89 B.G.B., Art. 77, 138 E.G. z. B.G.B.



II. Der Begriff der juristischen Person des öffentlichen Rechts beruht auf dem öffentlichen, also auf dem Landesrecht desjenigen Bundesstaats, in welchem die betr. Person besteht. Es lassen sich wohl aus allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätzen gewisse allgemeine Voraussetzungen für das Vorliegen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts aufstellen, aber im einzelnen ist doch die Auffassung des Staatsrechts des einzelnen Bundesstaates dafür entscheidend, ob eine juristische Person als eine solche des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts anzusehen ist. So ist die Begriffsbestimmung, daß juristische Personen des öffentlichen Rechts diejenigen sind, denen die Aufgabe zugewiesen ist, ein Stück öffentlicher Verwaltung zu führen,[3] für das Hamburgische Recht zu eng. Vielmehr geht die Hamburgische Auffassung in der Bestimmung des Begriffs der öffentlichrechtlichen juristischen Personen sehr weit. Sie verlangt keine Eingliederung in den Staatsorganismus, sondern nur, daß die betreffenden Personen öffentliche, gemeinnützige Zwecke verfolgen und eine besondere staatliche Fürsorge genießen.[4] Eine feste Begrenzung der öffentlichrechtlichen Personen ist aber sehr schwierig, da vielfach die Grenzen ineinander überlaufen und sich eine bestimmte Praxis nicht gebildet hat. Außer Zweifel ist nur, daß alle diejenigen juristischen Personen öffentlichrechtliche sind, welche dem Organismus des Staates eingegliedert sind. Ihnen schließen sich diejenigen an, welche eine besondere staatliche Genehmigung erhalten und öffentliche, z. B. kirchliche Zwecke verfolgen, wie z. B. die Religionsgesellschaften. Am schwierigsten ist der öffentlichrechtliche Charakter bei den Stiftungen und Anstalten festzustellen.

3) Vgl. Kisch S. 124.

4) Über die Bestimmung des Begriffs dieser Personen bestehen große Meinungsverschiedenheiten. Dernburg (I S. 166) bezeichnet sie als diejenigen Personen, welche für den Staat ein besonderes Interesse haben und besondere Fürsorge genießen. Oertmann (S. 106) scheint sich diese Definition anzueignen. Nach Rosin (Recht der öffentl. Genossenschaft S. 18) ist eine öffentliche Genossenschaft diejenige, welche kraft öffentlichen Rechts dem Staate zur Erfüllung ihres Zweckes verpflichtet ist, nach Jellinek (System der subj. öffentl. Rechte 2. Aufl. S. 266) eine solche, welcher gewisse Herrschaftsrechte zustehen. Man wird Dernburg darin zustimmen müssen, daß nur eine ganz allgemeine Begriffsbestimmung alle Arten öffentlichrechtlicher juristischer Personen deckt. Vgl. auch Dorner-Seng S. 31. Für das bayerische Recht verlangt Seydel (Bayer. Staatsr. II § 284) lediglich die Verknüpfung eines öffentlichen Zwecks mit der Stiftung, nicht aber einen organischen Zusammenhang mit dem Staate, um eine öffentliche Stiftung als vorliegend anzunehmen. Dies hat viel Ähnlichkeit mit dem Hamburgischen Recht.

III. Es bestehen verschiedene Arten von juristischen Personen des öffentlichen Rechts. § 89 B.G.B. spricht vom Fiskus, den Körperschaften, Stiftungen und Anstalten.

1. Ob der Fiskus unter die Körperschaften fällt, ist streitig. Jedenfalls hebt ihn das B.G.B. aus denselben heraus. Es ist zu unterscheiden zwischen dem Reichs- und dem Landesfiskus (§ 24).

2. Körperschaften sind die öffentlichrechtlichen Vereine. Auch hier ist zu unterscheiden zwischen solchen des Reichs-[5] und des Landesrechts.

Das Hamburgische Landesrecht kennt als Körperschaften

a) die Gemeinden, sowie die sog. Interessentschaften, wozu auch die Deichgenossenschaften und die sog. Löschverbände gehören (§ 25);

b) die Religionsgesellschaften (§ 26);

c) Genossenschaften mit wirtschaftlichen Zwecken, die Handelskammer, Gewerbekammer, Detaillistenkammer (§ 27 I).

3. Stiftungen und Anstalten[6] des öffentlichen Rechts sind begrifflich nicht streng zu scheiden. Sie unterscheiden sich von den Körperschaften wesentlich dadurch, daß letztere eine persönliche Grundlage haben, d. h. einen Kreis bestimmt bezeichneter Mitglieder umfassen, während bei der Stiftung und Anstalt das persönliche Moment mehr in den Hintergrund tritt, diese juristische Person vielmehr einem nicht geschlossenen Kreise von Personen dient. Im einzelnen vgl. hierüber § 27 II.

§ 24. Der Fiskus.

I. Fiskus als Landesfiskus[1] ist der Hamburgische Staat als Träger von privaten Rechten und Pflichten. Er bezeichnet insbesondere den Staat als Vermögenssubjekt.

1. Das Staatsvermögen zerfällt nach der modernen Anschauung in

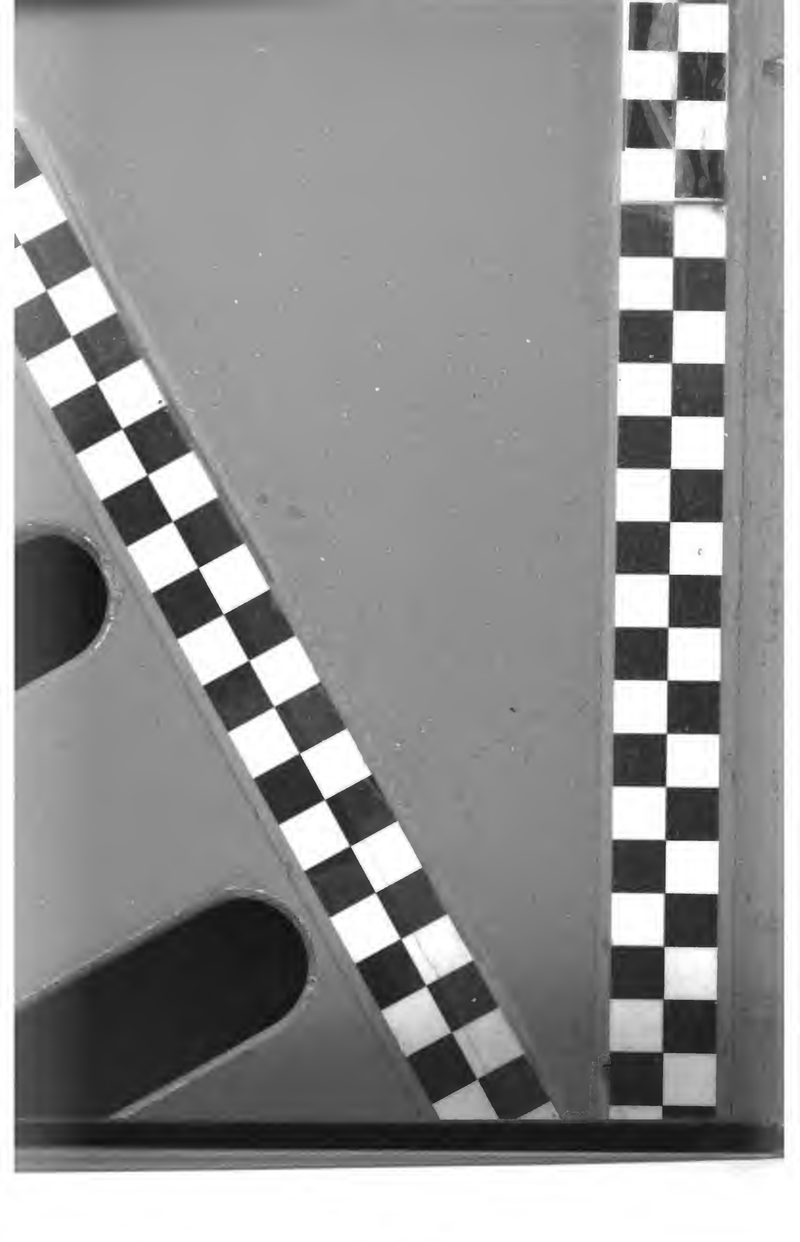
a) das Verwaltungsvermögen, d. h. das den obrigkeitlichen Zwecken dienende öffentliche Vermögen des Staates.[2] Dahin ge-

5) Bez. der Körperschaften des Reichsrechts s. das Nähere bei Dernburg I S. 190.

6) Da sich nicht immer scharf bestimmen läßt, ob eine juristische Person als Körperschaft oder Stiftung des öffentlichen Rechts anzusehen ist, so hat man den Ausdruck Anstalt hinzugefügt, welcher in zweifelhaften Fällen stets zutreffen dürfte (vgl. Planck I § 89 Anm. 1).

1) Der Hamburgische Fiskus wurde früher auch als „Kämmerei dieser Stadt" oder „Ärarium dieser Stadt" bezeichnet.

2) Vgl. Oertmann S. 88; Seelig, Hamb. Staatsrecht S. 31.



hören Dienstgebäude, Wege, Brücken, Plätze usw., vor allem die meisten der sog. öffentlichen Sachen, soweit sie, was nicht bei allen der Fall ist,[3] im Eigentum des Staates stehen. Das Verwaltungsvermögen ist Staatseigentum, doch unterliegt es der Zweckbestimmung, daß es der Erfüllung obrigkeitlicher Funktionen dient.

b) das Finanzvermögen, patrimonium fisci, d. h. dasjenige Vermögen, welches der Staat wie ein Privatmann besitzt. Es ist nicht belastet mit der Zweckbestimmung, daß es obrigkeitlichen Zwecken dient, sondern soll durch seinen Ertrag die Einnahmen des Staates vermehren.[4]

2. Die Veräußerung von Staatsgut.

a) Soweit dieselbe nicht im regelmäßigen Gange der Verwaltung liegt, erfordert sie einen Akt der Gesetzgebung (Art. 62 Verf.), es sei denn, daß es sich um eine Veräußerung handelt, die den Betrag von 5000 Mk. nicht übersteigt (Art. 60 Ziff. 1 Verf.). In letzterem Fall genügt ein übereinstimmender Beschluß von Senat und Bürgerausschuß für die Veräußerung.

Werden diese Vorschriften nicht befolgt, so kommt ein gültiger Veräußerungsvertrag nicht zustande.

b) Veräußerungen, welche im Laufe der Verwaltung erfolgen, können von der Finanzdeputation rechtswirksam vorgenommen werden.[5] Hierzu gehört z. B. die Versteigerung von Fundsachen, welche in das Eigentum des Staates übergegangen sind.

c) Vermietungen und Verpachtungen fallen nicht hierunter. Sie können von der Finanzdeputation selbständig abgeschlossen werden.

---

3) Vgl. § 61.

4) Dazu gehören: im Domanialeigentum des Staates stehende Grundstücke und Gebäude (Beibl. 1905 Nr. 20), eingetragene Grundmieten und Renten, Pachtgüter, die Domäne Waltershof, die Waldungen in den Walddörfern, Ritzebüttel und Bergedorf, die ehemalige Zollvereinsniederlage mit Anneren, die Gaswerke, die im Besitz des Staates befindlichen Aktien der Lübeck-Büchener Eisenbahn und Prioritäten des Stadttheaters (vgl. Seelig S. 31). Auch die Nutzung der Regalien gehört zum Staatsvermögen. Nach Art. 5 des Hauptrezesses von 1712 stand die Verfügung über die Regalrechte Senat und Bürgerschaft gemeinschaftlich zu. Das damals dem Rate vorbehaltene Recht auf Nutzung gewisser Regalien ist durch Rat- und Bürgerschluß v. 23. Nov. 1826 bestätigt und der Staatskasse zugewiesen worden, bildet also seither einen regelrechten Teil des Staatsvermögens.

5) Vgl. § 24 1 g des Rev.Ges. v. 2. Nov. 1896 über die Organ. der Verwaltung.

II. Vertretung des Fiskus.

1. Der Fiskus ist **einheitlich**. Wenn auch die staatliche Verwaltung unter eine Reihe von Behörden geteilt ist, so sind diese Behörden doch nicht selbständige juristische Personen, sondern nur Vertreter derselben Person, nämlich des Hamburgischen Fiskus.[6] Sie stehen in keinem andern Verhältnis zum Fiskus und untereinander wie die Vertreter jeder anderen Person.

2. Der **Fiskus** wird in **vermögensrechtlicher Beziehung** gerichtlich und außergerichtlich durch die **Finanzdeputation vertreten**, welche das wirtschaftliche Interesse des Staates wahrzunehmen hat.[7]

3. In **anderen privatrechtlichen Angelegenheiten** wird der Staat auch durch diejenigen **Behörden vertreten**, in deren Geschäftskreis die betreffende Angelegenheit fällt.[8] Nach altem Gewohnheitsrecht treten diese Behörden ebenso wie die Finanzdeputation vielfach privatrechtlich selbständig auf. Auch besitzen sie im Prozeß eine gewisse formelle Parteifähigkeit,[9] doch ist in diesen Fällen sowohl gerichtlich als außergerichtlich materiell als Rechtssubjekt der Staat anzusehen, der durch die Behörde bloß vertreten wird. Alle Rechte und Pflichten entstehen nur für und gegen den Fiskus, nicht für und gegen die Behörde. Zur Vertretung legitimiert ist stets nur diejenige Behörde, welche die Angelegenheit besonders betrifft.[10]

---

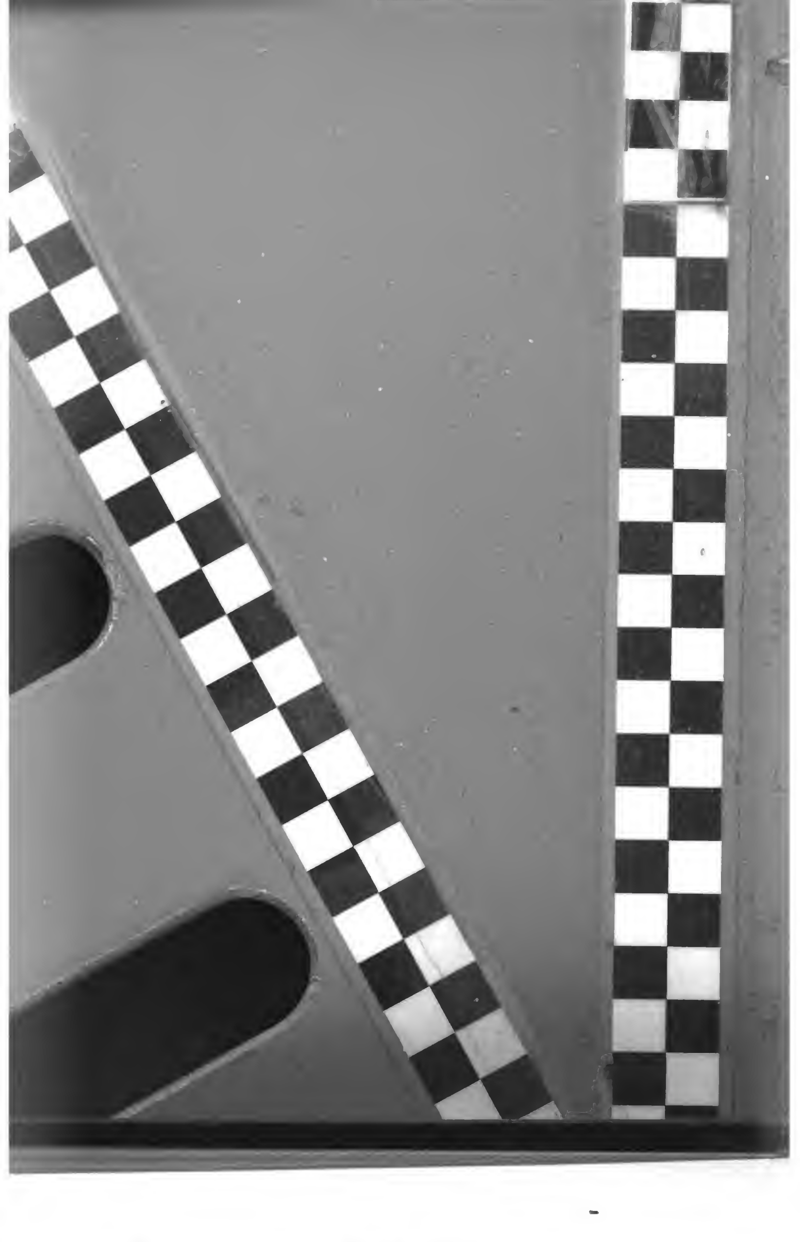
6) Vgl. Entsch. d. R.G. 2 S. 392; 21 S. 57; Beibl. 1880 Nr. 38, 1889 Nr. 159, 1900 Nr. 2; Amtsger.Samml. 1903 S. 58; 1904 S. 3. Deshalb kann auch nicht etwa eine Behörde, z. B. die Baudeputation, Schiedsrichter sein in einem Streite zwischen einem Privaten und dem Staate (Beibl. 1880 Nr. 52).

7) Vgl. § 24 1 f, h Ges. v. 2. Nov. 1896. Von früheren Entscheidungen über diese Frage vgl. Beibl. 1880 Nr. 38; 1888 Nr. 78, 160; 1889 Nr. 208; 1890 Nr. 161; 1894 Nr. 9.

8) Falls es sich um Schadensersatzansprüche handelt, dürfte nur die Finanzdeputation zur Vertretung befugt sein (Beibl. 1888 Nr. 169).

9) Die Parteifähigkeit der Hamburgischen Staatsbehörden ist unter der Herrschaft der Z.P.O. zweifelhaft. Nach Gaupp, Z.P.O. I S. 133, Wilmowsky-Lewy 7. Aufl. S. 49 Anm. 4, Planck, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I S. 211 Anm. 10 besitzen die Hamburgischen Behörden eine selbständige Parteifähigkeit. Es ist bezweifelt worden, ob dieser Zustand nach der Novelle zur Z.P.O. bestanden geblieben ist (Wulff III S. 138 Anm. 5). Das Reichsgericht hat in Beibl. 1905 Nr. 141 anerkannt, daß die Hamburgischen Verwaltungsbehörden in formeller Hinsicht Parteifähigkeit besitzen, daß aber materiell der Staat als Rechtssubjekt des Prozesses anzusehen sei.

10) Vgl. Beibl. 1890 Nr. 103; 1900 Nr. 2; ferner auch Jellinek, System der öffentl. Rechte (2. Aufl.) S. 232. — Die Staatsanwaltschaft hat kein Recht der Vertretung des Fiskus, also auch keine formelle Parteifähigkeit in obigem Sinne (Beibl. 1902 Nr. 117, 147).



Eine besondere Bedeutung erlangt diese Befugnis der Behörden, formell selbständig für den Staat aufzutreten, in den Fällen des § 24 Verh.Ges., in denen diejenige Behörde den Staat zu vertreten hat, welche in dem privatrechlichen Verhältnisse zu dem Privaten steht oder welche die Verfügung oder Maßregel erlassen hat.[11] S. § 56 II.

Soll ein Anspruch nicht gegen den Staat, sondern gegen die Behörde als solche gerichtet werden, so ist er gegen die Mitglieder der Behörde zu erheben.[12]

III. Die Rechtsstellung des Fiskus.

Wenn auch der Fiskus in privatrechtlicher Beziehung ebenso behandelt wird wie andere juristische Personen, so hat er doch von jeher gewisse Vorrechte genossen. Solche bestehen auch heute noch, und zwar teils nach Reichsrecht, teils nach Landesrecht.

1. Nach Reichsrecht stehen dem Fiskus einmal gewisse Erwerbsberechtigungen zu, und zwar auf aufgegebene Grundstücke (§ 928 B.G.B.), auf das Vermögen aufgelöster Vereine in gewissen Fällen (§§ 45, 46 B.G.B.), auf den erblosen Nachlaß (§ 1936 B.G.B.), auf gefundene Sachen (§ 981 B.G.B.).

Sodann ist der Fiskus mit seinen Forderungen hinsichtlich der Aufrechnung privilegiert (§ 395 B.G.B.).

2. Das Landesrecht hat infolge der Vorbehalte des E.G. z. B.G.B. eine Reihe von Vorrechten für den Fiskus geschaffen oder aufrechterhalten. Dagegen sind die früheren gemeinrechtlichen Privilegien des Fiskus, soweit sie überhaupt noch bestanden,[13]

---

11) In einem andern Falle ist in Beibl. 1901 Nr. 154 die Eintragung eines Rechts im Grundbuch zugunsten des Staats, vertreten durch die Baupolizeibehörde, zugelassen worden, da es sich hier um Wahrnehmung baupolizeilicher Funktionen handle.

12) Vgl. Beibl. 1899 Nr. 82, Entsch. d. R.G. 23 S. 264.

13) Es kommt hier wesentlich in Betracht das Zinsprivileg des Fiskus, welches aber in seinem Umfange und seiner Gültigkeit sehr bestritten war. Anerkannt wurde dasselbe zuletzt in Hamburg höchstens für vom Fiskus geschlossene Verträge. Der Fiskus konnte hier vom Fälligkeitstage ab Zinsen beanspruchen, brauchte aber, soweit nicht Art. 288 des Allg. D.H.G.B. zur Anwendung kam, Vorzugs- oder Prozeßzinsen nicht zu bezahlen (Beibl. 1890 Nr. 119; 1899 Nr. 46, 129). Dasselbe ist jetzt beseitigt. Das Recht des Fiskus, in bezug auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand den Minderjährigen gleichgestellt zu werden, ist in Hamburg nicht anerkannt gewesen (Beibl. 1871 Nr. 70, 194). Das Recht des Fiskus auf bona vacantia ist im ganzen in das Reichsrecht übergegangen. Die besonderen Verjährungsbestimmungen zugunsten des Fiskus, nach denen gegen den Fiskus nur eine dreißigjährige Verjährung (Art. 2 Stat. I 21) lief, sind hinsichtlich öffentlicher Abgaben aufrechterhalten worden, da sie insofern dem öffentlichen Recht angehören, dagegen hinsichtlich rein privatrechtlicher Rechtsverhältnisse beseitigt (vgl. Wulff IV S. 81 Anm. 2).

durch das Inkrafttreten des B.G.B. beseitigt worden, einige kehren im neuen Recht freilich wieder. Es handelt sich bei den gemeinrechtlichen Privilegien um allgemeine Bestimmungen des bisherigen Rechts, welche den Staat als Träger von Privatrechten treffen, und bez. deren ein allgemeiner Vorbehalt im E.G. z. B.G.B. nicht aufgestellt worden ist.

Nunmehr ist der Landesfiskus, event. auch der dem Landesfiskus gleichgestellte Reichsfiskus, nach folgenden Richtungen bevorrechtigt:

a) Das Vermögen aufgelöster Stiftungen fällt ebenso wie dasjenige aufgelöster Vereine unter Umständen an den Fiskus. S. § 20 V 2.

b) Das Erbrecht des Armenverbandes kommt gleichfalls dem Fiskus zugute. S. § 143 II 2.

c) Besondere Vorschriften gelten über die Zahlungen aus öffentlichen Kassen, insbesondere also aus Staatskassen. Siehe § 39 III 2.

d) Der Staat hat besondere Bestimmungen über seine in das Staatsschuldbuch eingetragenen Schulden getroffen. S. § 54.

e) Die Haftung des Staates für Hinterlegungen bei der Hinterlegungsstelle ist in gewissen Beziehungen eingeschränkt. Siehe § 40 V.

f) Die Grundstücke des Fiskus brauchen ebenso wie diejenigen anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts im Grundbuch nicht eingetragen zu werden. S. § 65 I 1.

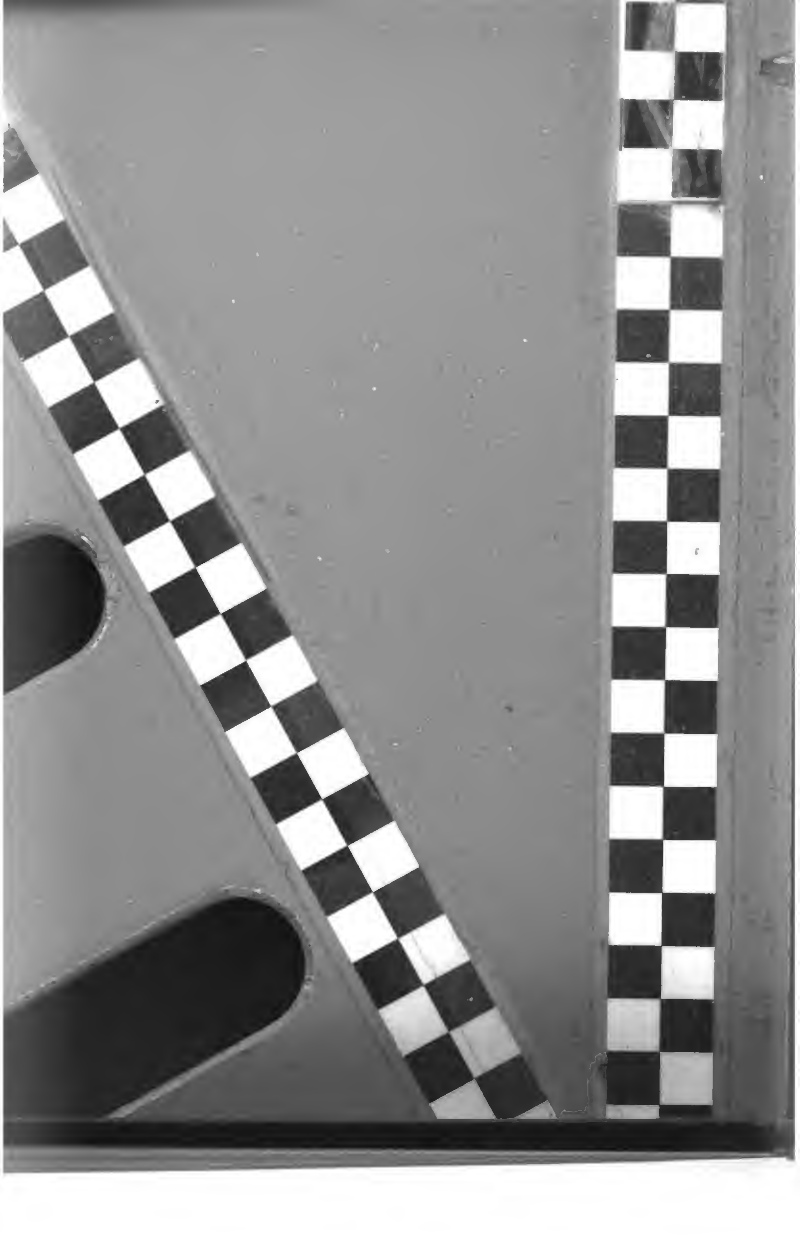
g) Die Verjährung der Ansprüche gegen den Staat wegen Versehen der Grundbuchbeamten ist, auch für diejenigen Fälle, in denen die Haftung des Staates auf dem Landesrecht beruht, eine abgekürzte. S. § 35 II 2 b.

Auch über die Verjährung der Forderungen des Fiskus bestehen besondere Vorschriften. S. § 35 II 1.

h) Der Staat ist bez. seiner Grundstücke auf dem Gebiet des Jagdrechts bevorzugt. S. § 86 II 2 b β.

i) Die Vollstreckung der dem Fiskus geschuldeten Steuern, Abgaben usw. erfolgt im Verwaltungswege. S. § 36 I 1.

k) Gewisse Forderungen des Fiskus werden im Zwangsversteigerungsverfahren als öffentliche Lasten an bevorzugter Stelle berichtigt. S. § 101.



3. Von einer Anzahl **Vorbehalte** der Reichsgesetzgebung zugunsten des Fiskus hat die Hamburgische Gesetzgebung **einen Gebrauch nicht gemacht.**

Dies gilt von der Vorschrift des Art. 91 E.G. z. B.G.B., wonach zugunsten des Fiskus eine **gesetzliche Hypothek** geschaffen werden kann.

Ebenso bestehen in Hamburg keine Vorschriften, nach denen die **Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen** gegen den Fiskus **ausgeschlossen** oder besonders geregelt wird (§ 15 Ziff. 3 E.G. z. Z.P.O.). Diese Zwangsvollstreckung kann aber naturgemäß nur in Gegenstände des Finanzvermögens des Staates, nicht in solche des den obrigkeitlichen Zwecken dienenden Verwaltungsvermögens erfolgen. Auch unterliegen im Staatseigentum stehende öffentliche Sachen mit Rücksicht auf ihre Zweckbestimmung der Zwangsvollstreckung nicht.[14]

Die Eröffnung des **Konkursverfahrens** über den Hamburgischen Fiskus ist, trotzdem es gemäß Art. IV E.G. z. Ges. betr. Änderungen der K.O. vom 17. Mai 1898 zulässig gewesen wäre es zu tun, ebenfalls nicht beschränkt oder ausgeschlossen worden, da der Eintritt ihrer Voraussetzungen praktisch außerhalb des Bereichs der Möglichkeit liegen dürfte.

§ 25. Die Gemeinden.

I. Die **Gemeinden** sind nächst dem Fiskus die wichtigsten juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Im Hamburgischen Staate sind zu unterscheiden die Städte Hamburg, Bergedorf, Cuxhaven, sowie die Landgemeinden. Die Entstehung der Gemeinden beruht auf der geschichtlichen Entwicklung. Neue Gemeinden können nur durch Gesetz gebildet werden.

Die öffentlichrechtlichen Verhältnisse der Gemeinden kommen hier insoweit in Betracht, als sie für das Privatrecht von Bedeutung sind, also namentlich die Bestimmung der Organe der Gemeinden und ihre Befugnisse in privatrechtlicher und prozessualer Beziehung.

1. Neben dem Staate Hamburg besteht eine **Stadtgemeinde Hamburg**, deren Verwaltung von den Hamburgischen Staatsbehörden geleitet wird (Art. 97 Verf.). Eine besondere Gemeindeverwaltung für die Stadt Hamburg besteht nicht, vielmehr übt der Staat diese

14) Vgl. auch § 61 II 2 β dd.

Verwaltung aus. Ebensowenig besteht ein gesondertes Gemeindevermögen der Stadt Hamburg, vielmehr fällt dasselbe mit dem Staatsvermögen zusammen. Daher hat die Gemeinde Hamburg eine besondere privatrechtliche Bedeutung nicht und finden auf sie die Vorschriften des § 24 Anwendung. Die folgenden Ausführungen betreffen die Stadtgemeinde Hamburg nicht.[1] [2]

2. Für die Stadt Bergedorf ist maßgebend das Gesetz vom 30. Dezember 1872 betr. die Einführung Hamburgischer Organisationen und Gesetze in Amt und Städtchen Bergedorf,[3] für die Stadt Cuxhaven das Gesetz vom 14. Januar 1907 betr. die Umwandlung der Gemeinde Cuxhaven in eine Stadtgemeinde.[4]

Organe dieser Städte sind der Magistrat, der aus dem Bürgermeister und mindestens zwei Ratmännern besteht, und die Bürgervertretung.

Die Befugnisse des Magistrats und der Bürgervertretung bestimmen sich wesentlich nach denjenigen Vorschriften, welche in der Landgemeindeordnung (s. unter 3.) für den Gemeindevorstand und die Gemeindeversammlung gegeben sind. Der Magistrat vertritt die Stadt gerichtlich und außergerichtlich.

3. Auf die Landgemeinden, mit Ausnahme von Waltershof, Rugenbergen, Mühlenwerder und Dradenau, finden die Vorschriften der Landgemeindeordn. v. 12. Juni 1871 [5] Anwendung.

---

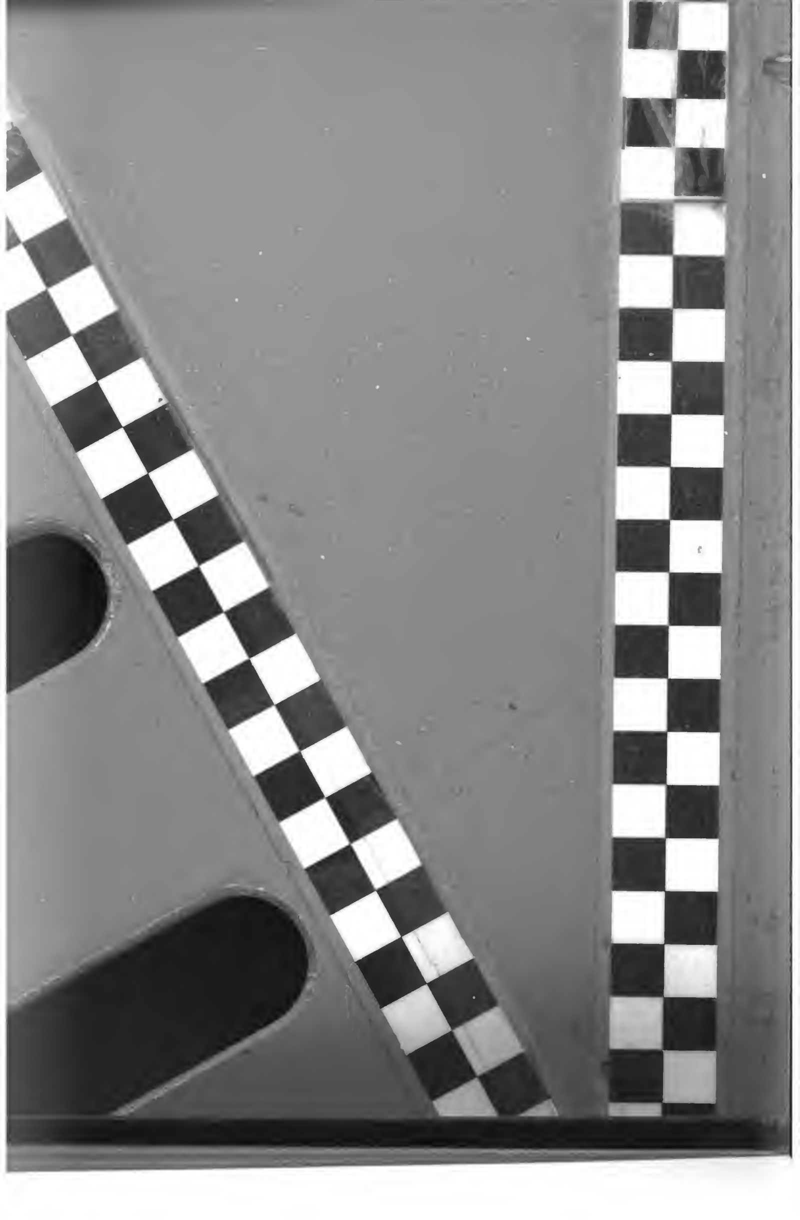
1) Nach der historischen Entwicklung und dem Art. 97 der Verf. kann das Bestehen einer Hamburgischen Stadtgemeinde nicht bestritten werden. Dasselbe hat auch praktische Bedeutung für gewisse Bestimmungen der Reichsgesetze, namentlich der G.O., welche in einzelnen Fällen ein Zusammenwirken von Staats- und Gemeindebehörden fordert. Vgl. hierüber namentlich Bek. v. 13. Okt. 1899 bez. Ausf. des Ges. betr. Abänderung der G.O. (Wulff I S. 517) und Wulff I S. 513 Anm. 4. Über die Frage der Existenz einer besonderen Hamburgischen Gemeinde vgl. Wolffson, Staatsrecht der Freien und Hansestadt Hamburg S. 33; v. Melle, Hamb. Staatsrecht S. 248; Seelig, Hamb. Staatsrecht S. 44; Wulff I S. 35 Anm. 18.

2) Durch das Ges. v. 22. Juli 1894 betr. Vereinigung der Vorstadt St. Pauli, der Vororte u. w. v. a. mit der Stadt ist in die Rechtsverhältnisse dieser Gemeinden oder Gemeindeteile scharf eingegriffen worden. In privatrechtlicher Beziehung ist hervorzuheben, daß durch § 12 das Landrecht, soweit es in diesen Gemeinden noch in Kraft war, durch das in der Stadt geltende Recht ersetzt wurde. Besonders wurde das städtische Miete- und Gesinderecht auf die neu hinzutretenden Stadtteile ausgedehnt. Dies hatte z. B. Bedeutung für die Ausdehnung des Satzes „Kauf bricht nicht Miete" auf das ganze Stadtgebiet.

3) Vgl. Wulff I S. 84.

4) Vgl. Ges.Samml. 1907 S. 1.

5) Vgl. Wulff I S. 70.



a) Organe der Gemeinden sind die Gemeindeversammlung und der Gemeindevorstand.

Die Gemeindeversammlung besteht nach Maßgabe des Gemeindestatuts entweder aus sämtlichen vollberechtigten Gemeindeangehörigen, oder teilweise aus solchen und teilweise aus gewählten Vertretern, oder ganz aus Vertretern, welche von den stimmberechtigten Gemeindeangehörigen nach einem von dem Gemeindestatut zu bestimmenden Wahlrecht gewählt werden (Art. 11, 13 Landgemeindeordn.).

Die Gemeindeversammlung wählt den aus mindestens 3 Personen bestehenden Gemeindevorstand aus ihrer Mitte (Art. 15 Landgemeindeordn.). Der Gemeindevorstand wählt aus seiner Mitte den Vorsitzenden der Gemeinde (Art. 16).

b) Der Gemeindevorstand vertritt die Gemeinde gerichtlich und außergerichtlich (Art. 18 e Landgemeindeordn.).

c) Verfügungen über das Gemeindevermögen, welche eine Veränderung in seinem Bestande oder in der Benutzung bewirken,[6] ferner die Einleitung von Prozessen, die Abschließung von Vergleichen und die Übernahme von Anleihen bedürfen zu ihrer Wirksamkeit eines Beschlusses der Gemeindeversammlung. Diese Beschlüsse sind dem Landherrn mitzuteilen. Sie treten in Kraft entweder nach erfolgter Zustimmung des Landherrn oder, falls dieser binnen zehn Tagen nach erfolgter Mitteilung keinen Einspruch erhebt, ohne daß es einer besonderen Zustimmung des Gemeindevorstandes bedarf. Gegen einen Einspruch, der mit Gründen versehen sein muß, ist Beschwerde an den Senat zulässig (Art. 14 c, d Landgemeindeordn.).

4. Über die Rechtsverhältnisse der nicht der Landgemeindeordnung unterstehenden Teile des Landgebiets, d. h. von Waltershof, Rugenbergen, Dradenau und Mühlenwerder, ist gesetzlich nichts bestimmt, trotzdem Art. 97 der Verf. a. E. eine solche Bestimmung vorsieht. Diese Ortschaften werden durch den Landherrn der Marschlande vertreten, dem sie unterstellt sind.

II. Die Städte Bergedorf, Cuxhaven und die Landgemeinden haben ein besonderes Gemeindevermögen, welches ebenso wie das Vermögen des Fiskus in Finanzvermögen und Verwaltungsver-

6) Dazu gehört auch der Abschluß von Miet- und Pachtverträgen über das Gemeindeeigentum.

mögen zerfällt.[7] Zu dem letzteren gehören namentlich die öffentlichen Sachen, soweit sie im Eigentum der Gemeinde stehen. Im übrigen siehe hierüber § 24 I 1.

III. Die Gemeinden sind ebenso wie der Fiskus in gewisser Beziehung nach dem Landesrecht bevorrechtigt:

1. Die Vorschriften über die Zahlungen aus öffentlichen Kassen gelten auch für die Gemeindekassen. S. § 39 III 2.

2. Die Grundstücke der Gemeinden brauchen ins Grundbuch nicht eingetragen zu werden. S. § 65 I 1.

3. Die Vollstreckung der von den Gemeinden festgestellten Leistungen für Gemeindezwecke erfolgt wie die Beitreibung öffentlicher Abgaben. S. § 36 I 1.

4. Gewisse Forderungen der Gemeinden werden im Zwangsversteigerungsverfahren als öffentliche Lasten an bevorzugter Stelle berichtigt. S. § 101.

5. Den Vorstehern einzelner Gemeinden sind besondere Befugnisse hinsichtlich der Beglaubigung von Unterschriften gewährt.[8] S. § 31 II 4 a.

6. Die Hinterbliebenen der Lehrer an Gemeindeschulen erhalten eine Pension aus der Staatskasse. S. § 47.

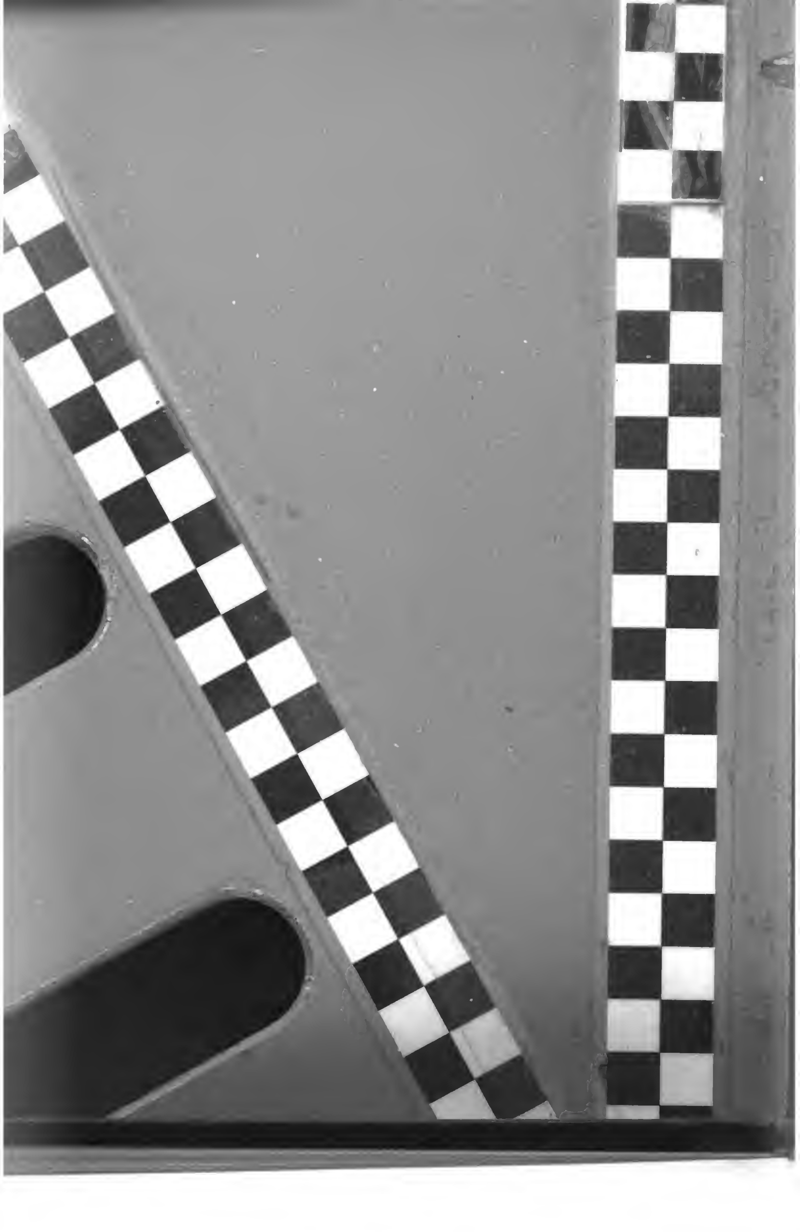
7. Die Zwangsvollstreckung gegen die Gemeinden ist ebensowenig wie gegen den Fiskus durch ausdrückliche Vorschrift beschränkt, wozu § 15 Ziff. 3 E.G. z. Z.P.O. das Recht gegeben haben würde. Doch unterliegen die öffentlichen Sachen, soweit sie im Eigentum der Gemeinde stehen, mit Rücksicht auf ihre Zweckbestimmung der Zwangsvollstreckung nicht. S. § 61 II 2 β dd.

IV. Mehrere Gemeinden können gemeinschaftlich gewisse öffentlichrechtliche Angelegenheiten verwalten, z. B. Schulen, Armenpflege, Schleusenangelegenheiten. Sie bilden dann eine Interessentschaft, welche ebenfalls als öffentlichrechtliche Korporation anzusehen ist und deren Organisation durch die betreffenden Gemeindevorstände festgestellt wird und der Genehmigung der Gemeindeversammlungen und des Landherrn bedarf (Art. 19, 20 Landgemeindeordn.).

---

7) In den Landgemeinden sind etwaige Legate und Schenkungen zugunsten der Armen getrennt von den zu öffentlicher Armenunterstützung bestimmten Geldern zu verwalten. S. Grundzüge für die Armenverwaltung der Landgemeinden v. 31. Jan. 1902 unter VII (Ges.Samml. 1902 II S. 7).

8) Hierzu gehört auch die Vorschrift des Reichsrechts über das Gemeindetestament (§ 2249 B.G.B.).



In der Landherrnschaft Ritzebüttel besteht für die sämtlichen Gemeinden gemeinsamen Angelegenheiten eine Landesversammlung.

Als solche Interessentschaften sind auch die Deichgenossenschaften oder Deichverbände[9] anzusehen[10] (s. § 95 IV), sowie die Löschverbände auf Grund des Ges. vom 2. März 1868 betr. das Feuerlöschwesen.

Die Interessentschaften genießen ebenfalls das Vorrecht im Zwangsversteigerungsverfahren (§ 101), sowie das Vorrecht der öffentlichen Kassen, und teilweise dasjenige des § 18 A.G. z. G.B.O.

V. Zur Zeit der ersten Begründung von Gemeinden wurde nicht alles Gemeindeland sofort unter die einzelnen Gemeindeglieder aufgeteilt, vielmehr verblieben große Strecken, namentlich Wald, Weiden, Wiesen, ungeteilt im Eigentum der Gemeinde als gemeine Mark oder Allmende,[11] während die Äcker schon früh in das Sondereigentum gerieten. Die gemeine Mark wurde teils im Interesse der Gemeinde, teils von den einzelnen Gemeindegenossen benutzt. Die Nutzungsberechtigten wurden Markgenossen, die Gemeinschaft der Berechtigten wurde Markgenossenschaft genannt. Im alten Hamburg fiel die Markgenossenschaft regelmäßig mit der politischen Gemeinde, der Volksgemeinde, zusammen.[12]

Die öffentlichrechtlichen Funktionen der Markgenossenschaft gingen allmählich auf die politische Gemeinde über, während die Genossenschaften sich als Realgemeinden, d. h. Genossenschaften der Nutzungsberechtigten, noch heute vielfach erhalten haben und zu vielen Streitfragen Anlaß geben. Die Nutzungsberechtigten können mit den Angehörigen einer Gemeinde zusammenfallen, sie können nur aus einem Teil dieser Gemeindeglieder bestehen oder auch Angehörige mehrerer Gemeinden umfassen. Die Hamburgische Landgemeindeordnung bezeichnet auch diese Realgemeinden als Interessentschaften (Art. 19 Ziff. 3).

1. Art. 164 E.G. z. B.G.B. läßt die landesrechtlichen Vorschriften über die bestehenden Realgemeinden und ähnlichen Verbände, deren Mit-

9) Eine Deichgenossenschaft ist z. B. die Interessentschaft des Billwärder Ausschlages, dieselbe geht bis 1375 zurück und hat sich 1841 neu konstituiert (vgl. Beibl. 1886 Nr. 50; 1888 Nr. 89).

10) Eine Interessentschaft ist auch die zur Vertretung der früheren zehntpflichtigen Grundbesitzer in Kirchwärder gebildete Genossenschaft; vgl. § 101 II 6. S. auch Ges. v. 17. Juli 1907 (Amtsbl. 1907 S. 465).

11) Hierüber besteht eine große Literatur. S. Näheres bei Stobbe, Deutsches Privatrecht I § 55 Anm. 3. Ferner vgl. auch Oertmann S. 92.

12) Vgl. Beibl. 1880 Nr. 154.

glieder als solche zu Nutzungen an land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken, an Mühlen, Brauhäusern und ähnlichen Anlagen berechtigt sind, in Kraft.

Neue Realgemeinden können sich nur in den Formen des neuen Rechts bilden.

2. Die Realgemeinden haben heute nur noch eine privatrechtliche Bedeutung hinsichtlich der Nutzungsrechte an der gemeinen Mark, wenn ihnen auch gewisse öffentlichrechtliche Lasten, z. B. Wege-, Brücken-, Deichlasten, aufliegen, wie sie dem Eigentümer jedes Grundstücks obliegen können.

3. Voraussetzung für das Bestehen einer Realgemeinde ist ein Gemeindegrundbesitz, an welchem den einzelnen Genossen Nutzungsrechte zustehen.[13]

a) Welcher Art dies Eigentum und die Nutzungsrechte sind, ist im einzelnen vielfach bestritten. Ein allgemeiner Grundsatz läßt sich für die Hamburgischen Gemeinden nicht aufstellen.

α) Teils steht das Eigentum an der gemeinen Mark der politischen Gemeinde als Nachfolgerin der alten Markgenossenschaft zu. Dann stellen sich die Rechte der Nutzungsberechtigten als Privatrechte an fremder Sache dar.[14]

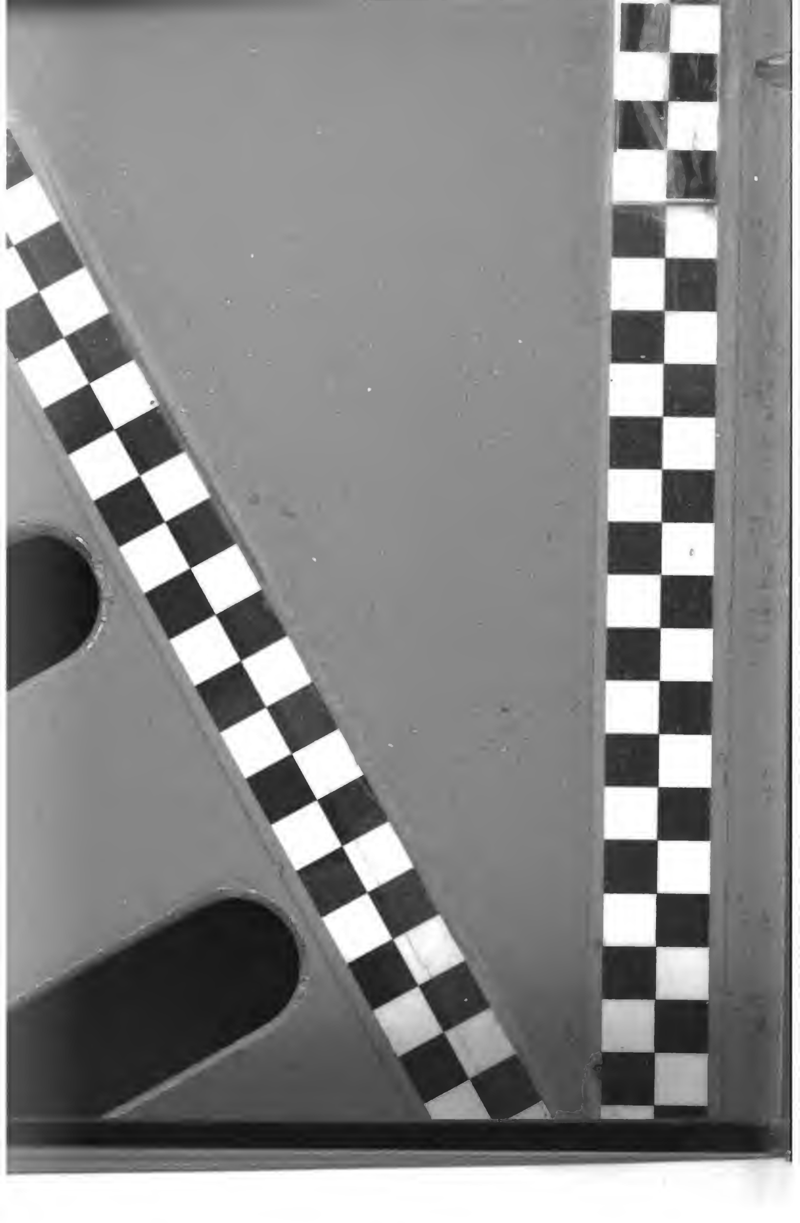
β) Oder aber es besteht ein Eigentum der aus der Gesamtheit der Nutzungsberechtigten am Allmendgute gebildeten Realgemeinde. Dies ist eine juristische Person des Privatrechts, nicht des öffentlichen Rechts. Die Rechte der Einzelnen stellen sich dann ebenfalls als Privatrechte an fremder Sache dar. Soweit ein Anspruch gegen die Korporation als solche sich richtet, kann die Klage nur gegen die Realgemeinde angestrengt werden. Handelt es sich dagegen um einen Anspruch, welcher die einzelnen Glieder der Realgemeinde trifft, so ist der Anspruch gegen diese zu richten.[15]

---

13) Vgl. Beibl. 1886 Nr. 143. Durch den Landverteilungsplan für Barmbeck von 1784, welcher einzelnen Grundbesitzern gewisse Ländereien zuwies, ist eine Realgemeinde nicht entstanden (s. auch Beibl. 1886 Nr. 134). Die Gemeindeweide in Barmbeck hatte aber auch den Charakter einer Dorfeinrichtung (Beibl. 1874 Nr. 120). Dagegen bestanden früher in Groß-Borstel, in Hamm und Horn Realgemeinden. Daraus lassen sich aber keine Schlüsse auf die Nachbargemeinden ziehen (Beibl. 1873 Nr. 7, 115; 1874 Nr. 120; 1875 Nr. 13, 101; 1878 Nr. 95, 122). Durch die Aufnahme der Vororte in den Stadtverband sind die den Mitgliedern der Realgemeinden zustehenden Rechte und ihnen obliegenden Pflichten aufrechterhalten geblieben (§ 6 Ges. v. 22. Juni 1894 betr. die Vereinigung der Vorstadt St. Pauli usw.).

14) Vgl. Stobbe I § 55 IV; Oertmann S. 93; Entsch. des R.G. 9 Nr. 62.

15) Vgl. Beibl. 1886 Nr. 143.



γ) Hie und da wird auch ein Mit- oder ein Gesamteigentum der Nutzungsberechtigten an der gemeinen Mark vertreten.[16] Doch hat diese Theorie in Hamburg kaum Vertretung gefunden.

b) Das Nutzungsrecht an der gemeinen Mark haftet an den einzelnen Höfen und ist ein Zubehör des Hofes. Es ist unteilbar und geht bei Abtrennung einer Parzelle nicht ohne weiteres zum Teil auf das Trennstück über. Eine Loslösung von dem Hof durch private Vereinbarung ist ausgeschlossen.[17]

Das Nutzungsrecht ist kein uneingeschränktes, sondern findet an der Berechtigung der Mitinteressenten, sowie der Gemeinde selbst seine Grenze.[18]

4. Die Verfassung der Realgemeinde wird von dem Gemeindestatut, eventuell, falls dieses selbst Bestimmungen nicht enthält, von den Mitgliedern der Gemeinde festgesetzt. Steht das Allmendgut im Eigentum der politischen Gemeinde, bilden aber einzelne Grundeigentümer eine Realgemeinde hinsichtlich dieses Gutes, so haben bei Beschlüssen, welche dieses Gut betreffen, nur die Mitglieder der Realgemeinde eine Stimme (Art. 19 Ziff. 3 Landgemeindeordn.).

5. Die Realgemeinden als privatrechtliche Rechtssubjekte genießen nicht die Privilegien der politischen Gemeinden. Nur sind ihre Grundstücke gemäß § 18 A.G. z. G.B.O. vom Buchungszwange befreit.

Die Abgaben und Leistungen, welche aus der Zugehörigkeit zur Realgemeinde entspringen, genießen, da die Realgemeinden keine öffentlichrechtlichen Interessenschaften sind, im allgemeinen kein Vorrecht im Zwangsversteigerungsverfahren (s. § 101). Doch kommen auch Ausnahmen vor; z. B. im Falle von § 2 Ziff. 6 A.G. z. Z.V.G.

§ 26. Die Religionsgesellschaften.

Wenn auch in Hamburg der Grundsatz der Trennung von Staat und Kirche die Gesetzgebung beherrscht, so hat sich doch der Staat mit Rücksicht auf die hohe Bedeutung der Religion für das menschliche und staatliche Leben einen gewissen Einfluß auf die Religionsgesellschaften vorbehalten.

---

16) Vgl. Stobbe I § 55 Anm. 23; Oertmann S. 94.

17) Vgl. Beibl. 1873 Nr. 7, 115; 1874 Nr. 120; 1875 Nr. 101; 1886 Nr. 50.

18) Vgl. Beibl. 1878 Nr. 95. Dem Ortsvorstand steht die Aufsicht darüber zu, daß der Einzelne sein Recht nur insoweit ausübe, als die Rechte der Andern dadurch nicht gefährdet werden.

Er kontrolliert die Bildung der Religionsgesellschaften und übt die Aufsicht über die bestehenden religiösen Gemeinschaften aus. Andererseits hat er den Religionsgesellschaften die Stellung und gewisse Vorrechte einer öffentlichrechtlichen juristischen Person gewährt.[1]

I. Bildung und Anerkennung von Religionsgesellschaften.

1. Nach Art. 84 E.G. z. B.G.B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, nach welchen eine Religionsgesellschaft oder eine geistliche Gesellschaft Rechtsfähigkeit nur im Wege der Gesetzgebung erlangen kann.

Art. 96 der Hamburgischen Verfassung erkennt die gesetzmäßig bestehenden religiösen Gemeinschaften an und verordnet, daß über die Bedingungen für die Bildung neuer religiöser Gemeinschaften das Gesetz bestimmen solle. Ein solches Gesetz ist bisher nicht erlassen. Daher gilt das Gesetz vom 28. September 1860[2] fort, nach welchem zur Bildung neuer Religionsgesellschaften, also nicht bloß zum Erwerb der Rechtsfähigkeit, wie zur Abänderung der bestehenden Konzessionen ein Beschluß von Senat und Bürgerschaft, d. h. ein Gesetz erforderlich ist.

2. Als anerkannte Religionsgesellschaften gelten in Hamburg zunächst die evangelisch-lutherische Kirche, welche als Landeskirche[3] anzusehen ist und in öffentlichrechtlicher Beziehung mehrfach privilegiert ist; sodann die deutsch-evangelisch-,[4] die französisch-[5] und die englisch-reformierte,[6] die englisch-bischöfliche,[7] die römisch-katholische,[8] die

1) Vgl. hierzu Hinschius, Staat und Kirche in Marquardsens Handbuch I[1] S. 255; Jellinek, System der öffentlichen Rechte (2. Aufl.) S. 273.

2) Vgl. Wulff III S. 488.

3) Vgl. Friedberg, Kirchenrecht 5. Aufl. S. 111; Seelig, Staatsrecht S. 42.

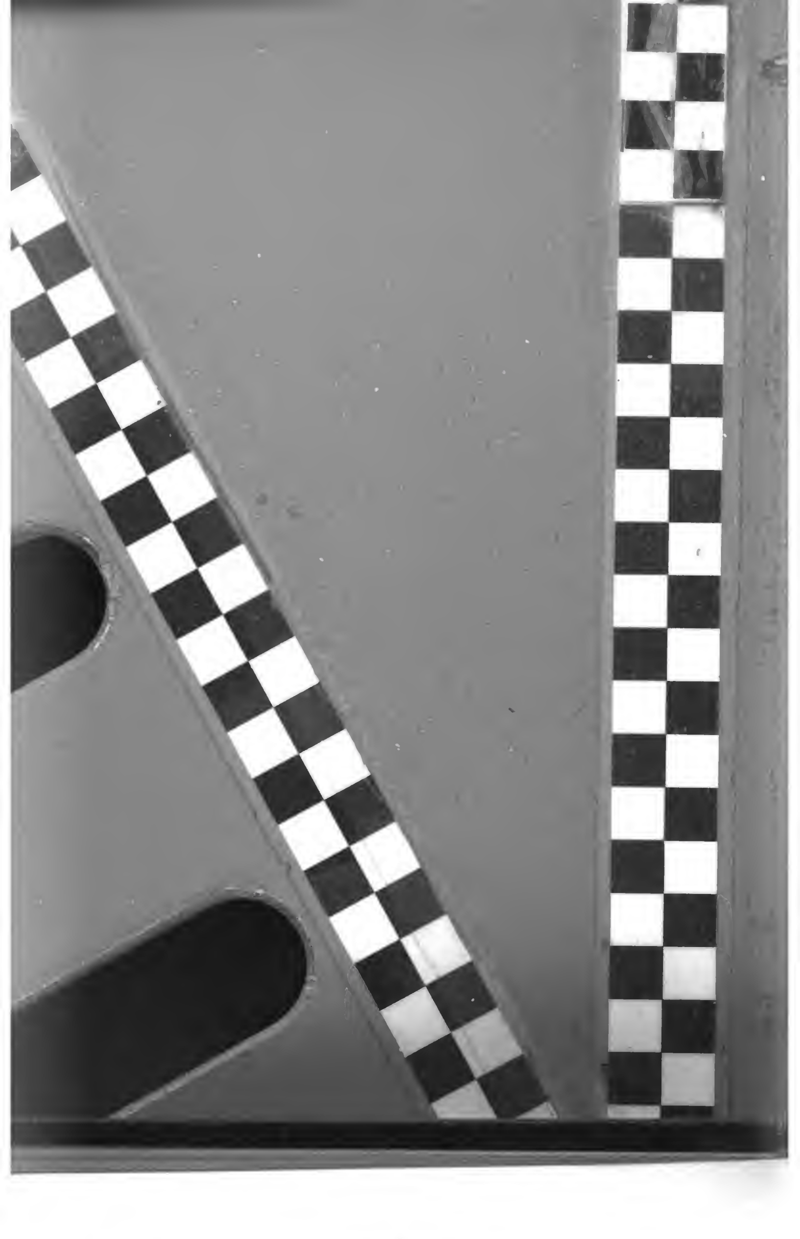
4) Gemäß Reglement für die fremden Religionsverwandten v. 19. Sept. 1785 (Wulff III S. 471) und Konzession für die deutsch-evangelisch Reformierten v. 7. Nov. 1785 (Wulff III S. 474).

5) Gemäß erw. Regl. v. 19. Sept. 1785 und Konzession v. 1. März 1786 (Wulff III S. 476).

6) Gemäß erw. Regl. v. 19. Sept. 1785, Regl. über die Verhältnisse der fremden christlichen Religionsverwandten in der freien Hansestadt Hamburg v. 20. Okt. 1814 (Wulff III S. 473) und Konzession v. 28. Jan. 1818 (Wulff III S. 479).

7) Gemäß erw. Regl. v. 20. Okt. 1814 und Konzession v. 17. Jan. 1834 (Wulff III S. 481).

8) Gemäß erw. Regl. v. 19. Sept. 1785 und Verfassung der röm.-kathol. Gemeinde in Hamburg v. 19. Jan. 1904 (Wulff III S. 488).



Mennoniten-,[9] die Baptisten-,[10] die portugiesische und die deutsche Juden-[11] Gemeinde.

3. Abgesehen hiervon bestehen religiöse Gemeinschaften rechtlich nicht. Soweit Vereine religiöse Zwecke verfolgen, steht der Polizeibehörde oder Landherrnschaft gemäß § 61 B.G.B. ein Einspruchsrecht gegen die Eintragung in das Vereinsregister zu. Macht die Behörde von diesem Recht keinen Gebrauch, so gilt der religiöse Verein als privatrechtlicher Verein, eine Anerkennung des Staates enthält die Zulassung der Eintragung aber nicht.

II. Die rechtliche Bedeutung der Anerkennung der Religionsgesellschaften liegt auf öffentlichrechtlichem und privatrechtlichem Gebiet. Die öffentlichrechtliche Bedeutung bezieht sich einerseits auf die Gewährung der freien Religionsübung und eines weitreichenden Schutzes derselben, andererseits auf die Ausübung einer gewissen Oberaufsicht des Staates, welche freilich in Hamburg nur beschränkt ist.

Die privatrechtliche Bedeutung der Anerkennung liegt in der Anerkennung der Rechtsordnung, vor allem der Satzung, welche die Korporation sich gesetzt[12] hat vorbehaltlich gewisser durch ihre eigenen Zwecke gegebener Schranken, sowie in der Gewährung der Privatrechtsfähigkeit. Die Rechtsfähigkeit wird aber nicht den Religionsgesellschaften als solchen, auch nicht denjenigen, welche im staatsrechtlichen Sinn als Kirchen anzusehen sind, sondern den Kirchengemeinden gewährt. Diese sind die Träger der Rechtsfähigkeit.

1. Nach der Verfassung der evangelisch-lutherischen Kirche im Hamburgischen Staate[13] hat man als juristische Personen anzusehen die Gemeinden und die Gesamt-

9) Gemäß erw. Regl. v. 20. Okt. 1814.

10) Gemäß erw. Regl. v. 20. Okt. 1814 und Konzession v. 21. Mai 1858 (Wulff III S. 483).

11) Gemäß Gesetz v. 7. Nov. 1864 betr. die Verhältnisse der hiesigen Judengemeinden (Wulff III S. 485).

12) Vgl. Beibl. 1891 Nr. 142, 1898 Nr. 32.

13) Die Verfassung datiert vom 1. Januar 1883 (Ges.Samml. 1883 IV S. 1), ist aber am 26. Februar 1896 neu publiziert worden (Wulff III S. 447). Die ältere Kirchenverfassung, welche bis Ende 1848 bestanden hat, beruhte auf der Bugenhagenschen Kirchenordnung von 1529. Vgl. Staphorst, Hamburgische Kirchengeschichte; Westphalen, Hamburgs Verfassung und Verwaltung II S. 150; v. Melle S. 261.

gemeinde,[14] welche als evangelisch-lutherische Kirche im Hamburgischen Staate bezeichnet wird (§ 1 Kirchenverf.).

a) Die evangelisch-lutherische Kirche im Hamburgischen Staate zerfällt in vier Kirchenkreise, welche wiederum aus Kirchengemeinden bestehen.

α) Mitglied einer Gemeinde ist, wer der evangelisch-lutherischen Kirche angehört und seinen Wohnsitz in der Gemeinde hat (§ 3 Kirchenverf.).[15]

β) Die Gemeinde wird in ihren rechtlichen Angelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich durch den Kirchenvorstand vertreten (§ 15 Kirchenverf.). Derselbe besteht aus zwei von und aus den evangelisch-lutherischen Mitgliedern des Senats zu ernennenden Kirchspielsherren, den Pastoren der Gemeinde und 24 bezw. 12 gewählten Kirchenvorstehern, wozu teilweise noch Gemeindeälteste hinzutreten (§§ 11—13 Kirchenverf.).

γ) Dem Kirchenvorstand liegt u. a. die Verwaltung des Gemeindevermögens, die Beaufsichtigung und Erhaltung der kirchlichen Gebäude, Grundstücke usw., die Beschlußfassung über den An- und Verkauf von Grundstücken, sowie über den Neubau und die Abtragung kirchlicher Gebäude, über die Feststellung und Abänderung der kirchlichen Gebühren,[16] über die Ernennung der nichtgeistlichen Kirchenbeamten und die Normierung des Gehalts für dieselben ob. Drei Fünftel der jährlichen Erträge der Kirchensteuer fließen den Gemeinden zu.[17]

Der Kirchenvorstand ist nicht befugt, Vermögensstücke (Grundstücke,

---

14) Das Pfarramt als solches ist keine juristische Person, da es nur die Bedeutung des Amtes hat, nicht aber die einer Pfründe im Sinne einer Stiftung.

15) Vgl. hierzu Beibl. 1888 Nr. 52, 1891 Nr. 142, 1898 Nr. 32, insbesondere hinsichtlich der Frage, ob jemand, der von auswärts zuzieht, damit von Rechts wegen Mitglied der betr. Kirchengemeinde wird; dies kann zweifelhaft sein, da die Kirchenverfassung an sich ein kirchliches und kein Staatsgesetz ist und fraglich ist, ob eine kirchliche Satzung eine Zwangsgewalt auf Fremde ausdehnen kann, die ihr an sich nicht unterstehen. Da aber die Verfassung auf Grund eines Staatsgesetzes und unter Mitwirkung des Staates erlassen worden ist, so ist sie als eine autonome Satzung anzusehen, welche privatrechtliche Berechtigungen und Verpflichtungen begründen, und insbesondere die Bedingungen über die Mitgliedschaft, selbstverständlich mit Nachprüfung von seiten des Staates, festsetzen kann. Jedenfalls genügt eine Benutzung der kirchlichen Einrichtungen seitens des Hinzuziehenden, um denselben zum Mitglied der Gemeinde zu machen.

16) Einheitliche Gebühren bestehen für ganz Hamburg nicht, da jeder Kirchenvorstand die Gebühren besonders festsetzt.

17) Vgl. § 9 Ges. v. 26. Febr. 1896 betr. Erhebung einer Kirchensteuer (Ges.Samml. 1896 IV S. 22; Wulff III S. 467).

Kapitalien oder jährliche Einkünfte), welche zur Dotation einer Pfarrstelle gehören, ohne Genehmigung des Kirchenrats ganz oder teilweise für andere Zwecke zu verwenden (§ 15 letzter Abs. Kirchenverf.).

Der Kirchenvorstand führt die Verwaltung durch einen Verwaltungsausschuß, welcher die Beschlüsse des Kirchenvorstandes auszuführen hat und in schleunigen Fällen zur Abwendung von Gefahr auch unmittelbar Verfügungen hinsichtlich der kirchlichen Gebäude und Besitztümer treffen darf (§ 16 Kirchenverf.).

b) Die Gesamtgemeinde besteht aus sämtlichen evangelisch-lutherischen Kirchengemeinden im Hamburgischen Staate.

α) Das Vermögen der Gesamtgemeinde ist zusammengefaßt in der Kirchenhauptkasse. Dasselbe besteht:

aa) als Stammkapital aus den Zuwendungen, die der Kirche vom Kloster St. Johannis gemacht worden sind;

bb) aus den jährlichen Einnahmen, wozu u. a. die Überschüsse und zwei Fünftel des Jahresertrages der Kirchensteuer gehören.

β) Die Gesamtgemeinde wird in ihren rechtlichen Angelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich durch den Kirchenrat vertreten (§ 50 Ziff. 16 Kirchenverf.). Der Kirchenrat besteht aus 9 Mitgliedern, 2 den Vorsitz führenden Senatoren, dem Senior, 2 geistlichen und 4 weltlichen von der Synode gewählten Mitgliedern.

γ) Der Kirchenrat hat die Verwaltung der Kirchenhauptkasse (§ 50 Ziff. 7 Kirchenverf.). Die Verfügung über das Stammkapital der Kirchenhauptkasse steht dagegen der Synode, dem obersten kirchlichen Organ der evangelisch-lutherischen Kirche, mit Genehmigung des aus den evangelisch-lutherischen Senatsmitgliedern bestehenden Patronats, die Verfügung über die jährlichen Einnahmen der Synode im Einverständnis mit dem Kirchenrate zu (Art. 45 Kirchenverf.).

c) Als weitere juristische Person des evangelisch-lutherischen Kirchenrechts ist die Zentralkommission für die Erhebung der Kirchensteuer anzusehen, welche aus 2 Delegierten des Kirchenrats und 5 Mitgliedern der Synode besteht.[18] Diese Kommission ist zur Vertretung in kirchlichen Steuerangelegenheiten befugt.

2. Die katholische Gesamtkirche als solche bildet in Hamburg kein Rechtssubjekt. Sie hörte mit Einführung der Reformation im Jahre 1529 für das Hamburgische Recht zu existieren auf und ist seitdem recht-

18) Vgl. § 3 Ges. v. 26. Febr. 1896.

lich nie wieder anerkannt worden. Nur die Hamburger katholische Gemeinde ist im Laufe der Zeit wieder zu einer öffentlichrechtlichen juristischen Person geworden.[19] Dies ergibt sich jetzt auch klar aus der Verfassung der römisch-katholischen Gemeinde.[20] Nach derselben ist die Gemeinde als Träger der Rechte und Pflichten in privatrechtlicher Beziehung anzusehen.

a) Die Gemeinde wird von dem Kirchenvorstand in allen Vermögensangelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich vertreten (§ 9 Kirchenverf.). Der Kirchenvorstand besteht aus 10 gewählten Kirchenvorstehern und dem Pfarramt.

b) Dem Kirchenvorstand liegt die Vermögensverwaltung der Gemeinde ob, insbesondere die Beschlußfassung über eine zu erhebende Kirchensteuer, über die Beaufsichtigung und Erhaltung der Gebäude, Grundstücke, Begräbnisplätze und anderer Besitztümer der Gemeinde, über An- und Verkauf von Grundstücken, sowie Neubau und Abtragung von Gebäuden, die Anstellung aller nichtgeistlichen Beamten und die Normierung des Gehalts für dieselben, die Verwaltung der Krankenhäuser, Waisenhäuser und sonstigen Wohltätigkeitsanstalten der Gemeinde einschl. der Anstellung der Ärzte usw. an diesen Anstalten.

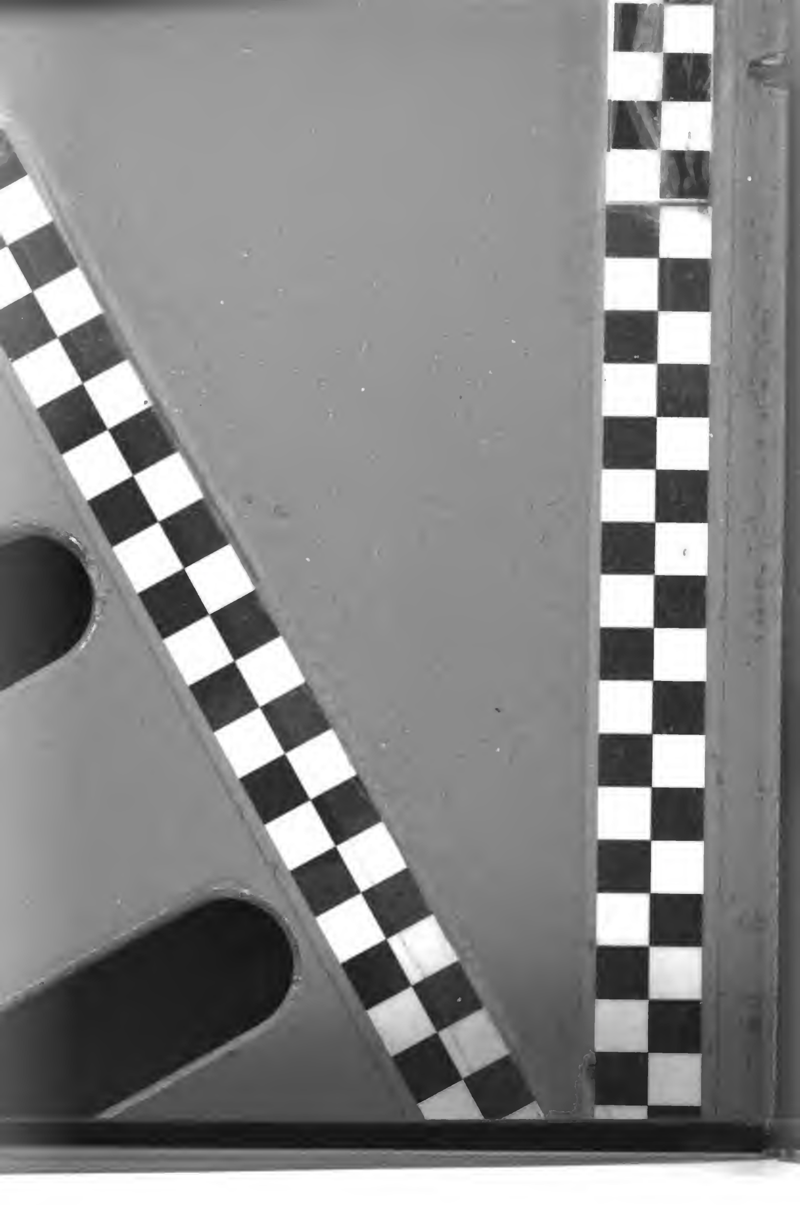
Die Beschlüsse des Kirchenvorstandes über die Erhebung der Kirchensteuer bedürfen der Zustimmung der Gemeindevertretung und der kirchlichen Oberbehörde, diejenigen über An- und Verkauf von Grundstücken, über Neubau oder Abtragung von Gebäuden, sowie über die Anstellung der nichtgeistlichen Beamten und das Gehalt derselben der Zustimmung der kirchlichen Oberbehörde (§ 15 Kirchenverf.).

3. Die Vertretung der Gemeinden der übrigen anerkannten Religionsgesellschaften ist ihren Verfassungen oder Satzungen zu entnehmen, welche nicht veröffentlicht worden sind. In allen Fällen gilt als Träger der Rechtsfähigkeit die Gemeinde.

---

19) Vgl. Urt. des R.G. v. 22. Nov. 1897 in Beibl. 1898 S. 35.

20) Dieselbe ist am 19. Januar 1904 erlassen worden. Da die Gerichte der römisch-katholischen Gemeinde ein Besteuerungsrecht hinsichtlich ihrer Mitglieder ohne staatliche Erlaubnis abgesprochen hatten, so beantragte die Gemeinde beim Senat, ihr diese Erlaubnis zu gewähren. Zwischen dem Senat und der Bürgerschaft schwebten langwierige Verhandlungen, im Verlauf deren der Senat die ihm von der römisch-katholischen Gemeinde übersandte Verfassung der Bürgerschaft vorlegte. Die Verfassung wurde später im Amtsblatt veröffentlicht. Das Gesetz betr. die Kirchensteuer der römisch-katholischen Gemeinde datiert vom 22. Januar 1904. Näheres über dessen Entstehung s. bei Wulff III S. 492 Anm. 1.



III. Gleich dem Fiskus und den Gemeinden sind auch die anerkannten Religionsgesellschaften in privatrechtlicher Beziehung nach verschiedenen Richtungen bevorrechtigt:

1. Die Kassen dieser öffentlichrechtlichen Korporationen sind öffentliche Kassen im Sinne des § 23 A.G. z. B.G.B. S. § 39 III 2.

2. Die Grundstücke dieser Korporationen brauchen im Grundbuch nicht eingetragen zu werden. S. § 65 I 1.

3. Die Vollstreckung der von diesen Korporationen innerhalb ihrer Zuständigkeit festgestellten Leistungen für Gemeindezwecke erfolgt wie diejenige anderer öffentlicher Abgaben im Verwaltungswege (§ 18 Verhältnisges.). S. § 36 I 1.

IV. Besonders geregelt ist der Austritt aus einer staatlich anerkannten religiösen Gemeinschaft durch das Gesetz vom 12. Dezember 1888.[21] Danach steht der Austritt an sich jedermann frei, wenigstens für das bürgerliche Leben.

1. Die Form des Austritts ist folgende:

a) Bei der Aufsichtsbehörde für die Standesämter, in der Landherrnschaft Bergedorf bei dem Bürgermeister von Bergedorf, in der Landherrnschaft Ritzebüttel bei dem Amtsverwalter, ist zunächst die Entgegennahme der Austrittserklärung mündlich oder schriftlich zu beantragen (§ 2 Gesetz vom 12. Dezember 1888).

Fähig, den Antrag zu stellen, ist bloß eine nach bürgerlichem Recht volljährige[22] Person (§ 1 Ges.).

b) Frühestens 4, spätestens 6 Wochen nach Eingang des Antrages ist die Austrittserklärung von dem Austretenden persönlich vor der Behörde abzugeben.[23] Über diese Erklärung wie über den mündlich gestellten Antrag zu a ist ein Protokoll aufzunehmen, von dem der Austretende eine beglaubigte Abschrift fordern kann.

c) Von dem Antrag und der erfolgten Austrittserklärung ist dem Vorstande derjenigen religiösen Gemeinschaft, welcher der Antragsteller

---

21) Vgl. Ges.Samml. 1888 I S. 102; Wulff III S. 494.

22) Nach kirchlichen Grundsätzen ist das sog. Unterscheidungsalter, d. h. das vollendete 14. Lebensjahr genügende Voraussetzung für den Austritt. — Der Vater ist nach dem staatlichen Gesetz nicht befugt, gleichzeitig auch den Austritt für seine minderjährigen Kinder mitzuerklären. S. hierüber § 138 IV.

23) Wird die sechswöchige Frist nicht eingehalten, so gilt der Antrag als zurückgenommen.

oder der Austretende bisher angehörte, baldtunlichst von Amts wegen Mitteilung zu machen.

2. Die Wirkung des Austritts betrifft lediglich die bürgerlichen Verhältnisse des Austretenden (§ 1 Ges.).

a) Der Austretende wird von allen Leistungen, zu denen er als Mitglied der religiösen Gesellschaft verpflichtet war, befreit, und zwar bei periodisch wiederkehrenden Leistungen vom Ende des Kalenderjahres ab, in welchem der Austritt erfolgt ist.

b) Nicht berührt von dem Austritt werden Leistungen, welche nicht auf persönlicher Kirchen- und Gemeindeangehörigkeit beruhen, insbesondere Leistungen, die kraft besonderen Rechtssatzes auf bestimmten Grundstücken oder allen Grundstücken eines Bezirks oder auf Grundstücken einer bestimmten Klasse innerhalb des Bezirks ohne Unterschied des Besitzers haften.

§ 27. Sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts.

Außer den erwähnten kennt unser Recht noch eine Anzahl juristischer Personen des öffentlichen Rechts, welche teilweise zu den Korporationen, teilweise zu den Stiftungen oder ganz allgemein zu den Anstalten zu rechnen sind.

I. Als Korporationen des öffentlichen Rechts sind die wirtschaftlichen Vertretungskörper der Handelskammer, der Detaillistenkammer und der Gewerbekammer anzusehen. Bez. der Handelskammer und der Gewerbekammer ist dies nicht ausdrücklich ausgesprochen worden, doch sind bei der Beratung des Gesetzes vom 29. Febr. 1904 betr. die Detaillistenkammer beide gesetzgebenden Faktoren davon ausgegangen, daß den beiden anderen Interessenvertretungen die Rechtsfähigkeit beiwohne,[1] auch ist das bisher niemals in Zweifel gezogen worden.

1. Die Handelskammer ist berufen zur Wahrnehmung und Förderung der Interessen des Handels und der Schiffahrt Hamburgs, sowie zur Beaufsichtigung der Hamburger Börse. Ihre Rechtsverhältnisse sind geregelt durch das Gesetz vom 23. Januar 1880.[2]

a) Die Kammer besteht aus 24 Mitgliedern, welche von der Versammlung Eines Ehrbaren Kaufmanns gewählt werden (§ 1 Ges.).

b) Organe der Handelskammer sind:

1) Vgl. Sten. Ber. der Bürg. 1901 S. 642; Verh. zw. Sen. und Bürg. 1902 S. 274.

2) Vgl. Wulff I S. 315.

α) Das **Plenum**, welches die erforderlichen Beschlüsse faßt und bei Anwesenheit von 11 Mitgliedern beschlußfähig ist. Dasselbe bildet alljährlich Sektionen aus seiner Mitte zur besonderen Bearbeitung gewisser Gegenstände, sowie zur Wahrnehmung der laufenden Geschäfte, und erforderlichenfalls Kommissionen.

β) Der vom Plenum gewählte **Vorsitzende** der Handelskammer und sein Stellvertreter. Ersterer, in seiner Verhinderung letzterer, hat die Kammer nach **außen** gerichtlich und außergerichtlich **zu vertreten**.

γ) Die von der Kammer gewählten **Sekretäre** und sonstigen Angestellten.

c) Die **Handelskammer verwaltet** ihr Vermögen, welches aus eigenen Einkünften und einem Staatszuschuß besteht, selbst.

2. Die **Detaillistenkammer** ist berufen, die Interessen des Hamburgischen Kleinhandels zu vertreten. Ihre Rechtsverhältnisse sind geregelt durch das Gesetz vom 29. Febr. 1904.[3]

a) Die Kammer besteht aus 18 Mitgliedern, welche von den wahlberechtigten Kleinhändlern gewählt werden.

b) **Organe** der Detaillistenkammer sind:

α) Das **Plenum**, welches bei Anwesenheit von 9 Mitgliedern beschlußfähig ist. Dasselbe kann aus seiner Mitte Ausschüsse bilden.

β) Der von dem Plenum gewählte **Vorsitzende** und sein Stellvertreter, welche die Kammer gerichtlich und außergerichtlich **gemeinschaftlich vertreten**. Für Fälle der Verhinderung eines von beiden ist jährlich noch ein zweiter Stellvertreter zu wählen (§ 2 Ges.).

γ) Ein von der Kammer gewählter **Sekretär** und etwaige weitere Angestellte.

c) Die **Detaillistenkammer verwaltet ihr Vermögen**, welches aus eigenen Einkünften und einem Staatszuschuß besteht, selbst. Ihre Jahresabrechnung nebst einer Vermögensbilanz hat sie dem Senate vorzulegen (§ 22 Ges.).

d) Die Kammer kann von der Deputation für Handel und Schiffahrt aufgelöst und es kann eine Neuwahl anberaumt werden, wenn sie wiederholter Aufforderung der Deputation unerachtet die Erfüllung ihrer Aufgaben vernachlässigt, oder sich gesetzwidriger oder solcher Handlungen oder Unterlassungen schuldig macht, durch welche das Gemeinwohl gefährdet

3) Vgl. Wulff IV S. 151.

wird, oder wenn sie andere als die gesetzlich zulässigen Zwecke verfolgt (§ 23 Ges.).

3. Die Gewerbekammer ist berufen, die Interessen des Hamburgischen Gewerbestandes zu vertreten. Ihre Rechtsverhältnisse sind geregelt durch das Gesetz vom 18. Dez. 1872.[4]

a) Die Kammer besteht aus 15 Mitgliedern, welche von den Gewerbetreibenden gewählt werden.

b) Organe der Gewerbekammer sind:

α) Das Plenum, welches bei Anwesenheit von 8 Mitgliedern beschlußfähig ist.

β) Der von der Kammer gewählte Vorsitzende und sein Stellvertreter. Der Vorsitzende, in seiner Verhinderung der Stellvertreter, vertreten die Kammer gerichtlich und außergerichtlich.

γ) Ein von der Kammer gewählter Sekretär.

c) Die Kosten der Gewerbekammer werden aus der Staatskasse bestritten (§ 12 Ges.). Daraus folgt aber nicht, daß etwaige Ansprüche Dritter direkt gegen den Fiskus gerichtet werden können. Vielmehr bezieht sich dies nur auf das innere Verhältnis. Nach außen ist die Kammer selbst eine rechtsfähige Körperschaft.

II. Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts.

Wie oben (§ 23 II) ausgeführt, lassen sich die Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts nur ganz allgemein charakterisieren. Im einzelnen hängt es von der Behandlung durch das Landesrecht ab, ob ein solches Institut dem privaten oder dem öffentlichen Recht angehört. Unbedenklich sind zu letzterem zu zählen diejenigen Stiftungen und Anstalten, welche unmittelbar in Verbindung stehen mit der Organisation des Staates oder der Selbstverwaltungskörper. Die Hamburgische Praxis geht aber entschieden weiter, sie zählt auch solche Institute zu den öffentlichen, welche nur in loser Verbindung mit dem staatlichen Organismus stehen, aber unter einer besonderen Aufsicht des Staates gemeinnützige Zwecke verfolgen. Dies ist wesentlich darauf zurückzuführen, daß in Hamburg auch heute noch vielfach Angelegenheiten von Privaten unter Kontrolle des Staates besorgt werden, welche anderswo unmittelbar vom Staat oder der Gemeinde in die Hand genommen worden sind. Doch ist dabei auch

4) Vgl. Wulff I S. 531. Ein neues Gesetz ist in Vorbereitung.

in Hamburg das Bewußtsein vorherrschend, daß es sich um die Erledigung öffentlicher Angelegenheiten handle.

Dies gilt besonders von einer Anzahl unter B aufgeführten Stiftungen und Kassen. Einer besonderen Betrachtung bedürfen die Sparkassen.

A. Mit dem staatlichen Organismus stehen unmittelbar in Verbindung:[5]

1. Das Hamburger Waisenhaus.[6] Dasselbe hat sich als selbständige juristische Person neben dem Fiskus erhalten,[7] wenn auch das Waisenhauskollegium, welches das Waisenhaus vertritt und verwaltet, eine staatliche Behörde ist. Das Waisenhauskollegium besteht aus zwei Senatsmitgliedern, einem von der Oberschulbehörde abgeordneten und 9 von der Bürgerschaft auf sechs Jahre gewählten Mitgliedern.[8]

Das Waisenhauskollegium fungiert für die Stadt Hamburg als Gemeindewaisenrat. Hierüber s. § 141 D. Ebenso s. § 143 II 1 über das gesetzliche Armenrecht des Waisenhauses.

An der Spitze des Waisenhauses steht ein Direktor, der dem Waisenhauskollegium beigeordnet ist und die innere Verwaltung unter der Aufsicht des Waisenhauskollegiums führt.[9]

2. Die Allgemeine Armenanstalt. Dieselbe ist 1788 als private Stiftung gegründet und 1865 vom Staat übernommen. 1892 wurde die Verwaltung dem Staate übertragen, doch ist die frühere Stiftung bestehen geblieben und wird der größte Teil des früheren Vermögens der Armenanstalt vom sonstigen Staatsvermögen getrennt gehalten.[10] Die Allgemeine Armenanstalt wird vertreten und verwaltet vom Armenkollegium, welches eine staatliche Behörde ist. Über das gesetzliche Armenrecht der Anstalt s. § 143.

---

5) Ob die Sustentationskasse des Hanseat. Oberlandesgerichts eine den drei Hansestädten gemeinsame selbständige Anstalt ist, ist zweifelhaft. Man kann als Rechtssubjekt die drei Fisci der Staaten ansehen. Vgl. über diese Kasse Art. 5 der Übereinkunft der drei Hansestädte v. 23. Okt. 1878 (Wulff III S. 191).

6) Die Fundationsakte des Waisenhauses, welche der Verwaltung desselben noch heute zur Richtschnur dient, ist vom Rate gegeben und datiert v. 24. Sept. 1604. Vgl. hierüber Kiehn, Das Hamburger Waisenhaus, und Westphalen, Hamburgs Verfassung und Verwaltung II S. 254.

7) Vgl. § 17 Fürsorgeges. v. 11. Sept. 1907; Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1904 S. 639, 653.

8) Vgl. § 2 Fürsorgeges. v. 11. Sept. 1907.

9) Vgl. Ges. v. 27. Mai 1889 betr. die Verwaltung des Waisenhauses usw. (Wulff II S. 449); § 2 Fürsorgeges. v. 11. Sept. 1907.

10) Vgl. Westphalen II S. 229; Amtsger.Samml. VI S. 195.

3. Gewisse Versicherungsanstalten.

a) Die Hamburger Feuerkasse beruht auf einer gesetzlich angeordneten Vereinigung der Grundeigentümer. Sie wird verwaltet und vertreten von der staatlichen Deputation der Feuerkasse, bildet aber eine eigene juristische Person.

b) Die Dienstbotenkrankenkasse wird von der Behörde für das Versicherungswesen verwaltet sowie gerichtlich und außergerichtlich vertreten, auch werden ihre Kosten aus Mitteln des Staates bestritten.[11]

c) Die Versorgungskasse für staatliche Angestellte und Arbeiter wird von der Behörde für das Versicherungswesen verwaltet und von dem Präses dieser Behörde gerichtlich und außergerichtlich vertreten, auch leistet der Staat der Kasse Vorschüsse, falls ihre Mittel zur Bestreitung der Ausgaben nicht hinreichen.[11a]

B. Eine Anzahl von Stiftungen und Anstalten steht nur in losem Zusammenhang mit dem staatlichen oder kirchlichen Organismus, und zwar entweder nach der Richtung, daß sie bezwecken, öffentliche Aufgaben, welche eigentlich diesen Organismen obliegen, zu erfüllen, wie insbesondere eine angemessene Versorgung der Witwen und Waisen staatlicher oder kirchlicher Angestellter, oder daß sie unter dem Patronate oder der direkten Verwaltung von Personen stehen, die kraft ihrer öffentlichrechtlichen Stellung dazu berufen sind. Wenn sich auch über den öffentlichrechtlichen Charakter dieser Anstalten streiten läßt, so werden sie doch nach der Hamburgischen Praxis als öffentlichrechtliche Anstalten behandelt.[12] Dies kommt auch darin zum Ausdruck, daß das Gesetz vom 11. September 1907 betr. die milden Stiftungen,[13] welches die Privatstiftungen betrifft, sich auf diese Stiftungen nicht bezieht, und das Hamburgische Staatshandbuch diese Stiftungen als „öffentlich anerkannte Stiftungen" bezeichnet.

Zu diesen Stiftungen und Anstalten gehören:

1. Eine Anzahl Versorgungskassen für die Witwen und Waisen von Geistlichen und Lehrern.[14] Bei den Geistlichen haben diese

---

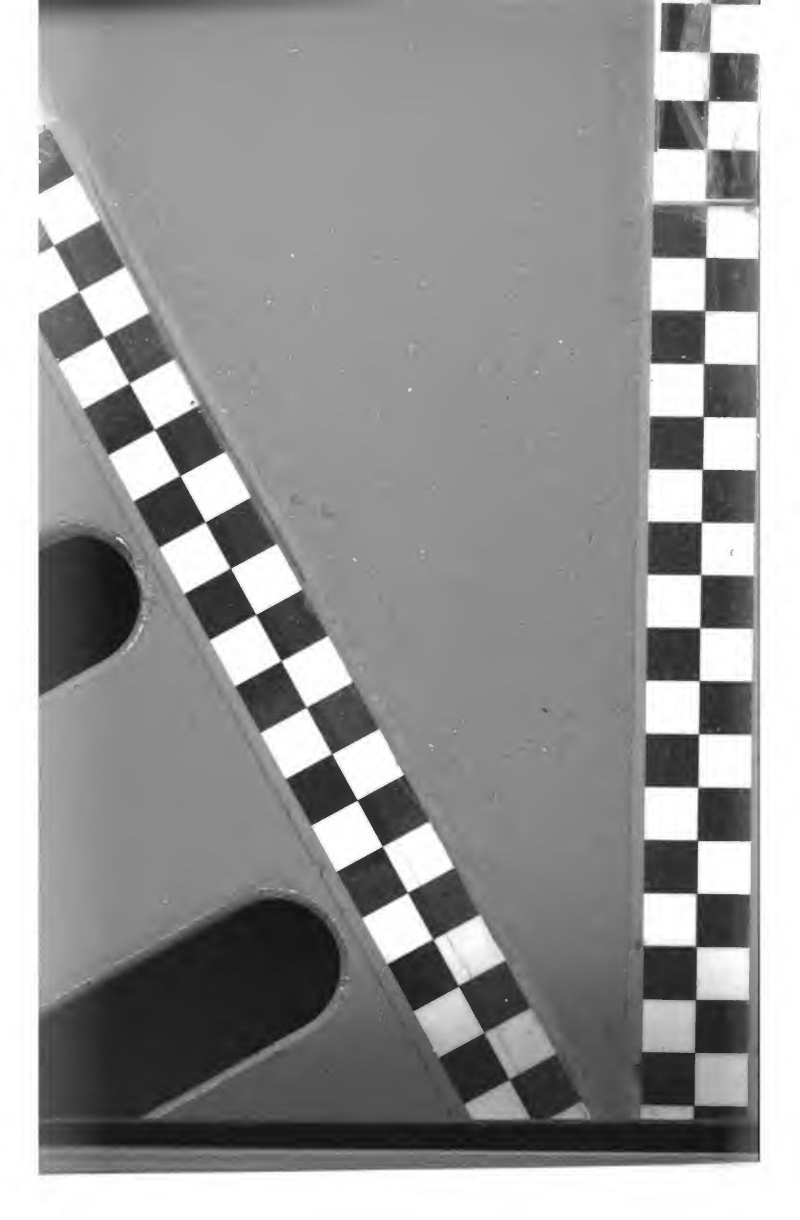
11) Vgl. § 6 Ges. v. 17. Juli 1903 betr. die Krankenvers. der Dienstboten.

11 a) Vgl. § 15 Ges. v. 15. Febr. 1907 über die Versorgungskasse für staatliche Angestellte und Arbeiter.

12) Dies ist z. B. der Fall in § 2 des Grundsteuerges. v. 4. Juli 1881.

13) Vgl. Amtsbl. 1907 S. 553; s. oben § 21.

14) Die Pensionskasse für die Witwen und Waisen der Angestellten des Hamburgischen Staates, welche früher eine selbständige Anstalt des öffentlichen Rechts war, ist seit dem 1. Jan. 1904 mit dem Fiskus verschmolzen



Anstalten eine Aufgabe von besonderer Bedeutung, insofern eine anderweitige Versorgung der Hinterbliebenen nicht besteht, während die Versorgung der Hinterbliebenen der Lehrer, soweit sie Staatsbeamte sind, eine Ergänzung der staatlichen Versorgung bildet. Die Vertretung und Verwaltung dieser Anstalten liegt durchweg in den Händen von Personen, deren Hinterbliebenen die Stiftung dient.

Neben diesen Anstalten bestehen ähnliche für die Mitglieder des Hamburger Stadttheaters, die unter dem Patronate von Senatoren stehen.[15]

2. Eine zweite Kategorie von Stiftungen enthält solche, die zum Teil aus alter Zeit stammen und von fürstlicher oder kirchlicher Seite in Formen (z. B. als Klöster) gegründet worden sind, welche nach heutiger Anschauung als öffentlichrechtlich gelten müssen. Diese Stiftungen haben früher vielfach direkt obrigkeitliche Rechte und verwaltungsrechtliche Befugnisse besessen. Wenn auch diese Rechte, teilweise gegen Entschädigung, vom Staate übernommen worden sind, so sind die Stiftungen doch in einer gewissen engen Fühlung mit dem Staate oder der Kirche geblieben, insofern als die Satzungen der Stiftungen früher häufig durch Rat- und Bürgerschluß abgeändert worden sind und Mitglieder der staatlichen und kirchlichen Behörden als solche noch heute direkt an der Verwaltung der Anstalten beteiligt sind. Ende der sechziger und Anfang der siebziger Jahre des 19. Jahrhunderts wurde mit Rücksicht auf den öffentlichrechtlichen Charakter dieser Stiftungen von der Bürgerschaft ernstlich eine direkte Verschmelzung des Vermögens dieser Stiftungen mit dem Staatsvermögen angestrebt, vom Senate jedoch abgelehnt.[16]

Der Zweck dieser Stiftungen war früher ein verschiedener, teils waren es Klöster, teils Krankenhäuser. Heute ist dies mehr in den

(Ges. v. 11. Dez. 1903, Wulff IV S. 53, 54). Heute bestehen als selbständige Anstalten noch die Prediger-Witwen- und Waisenkasse des Hamburger Ministeriums, die Witwen- und Waisenkasse der Hamburgischen Landprediger, die Witwenkasse der Lehrer am Johanneum, die Lehrerstiftung der Gelehrtenschule des Johanneum, die Witwen- und Waisenkasse der Lehrer am Wilhelmsgymnasium, ferner solche Kassen der Lehrer am Realgymnasium, an den Oberrealschulen vor dem Holstentor und auf der Uhlenhorst, an den Realschulen vor dem Lübecker Tor, in Eilbeck und St. Pauli, an der Staatsschule in Kuxhaven und der Hansaschule in Bergedorf.

15) Das sind die Pensionsanstalt des Hamburger Stadttheaters und die Franz Liszt Pensions- und Witwenkasse der Orchestermitglieder des Hamburger Stadttheaters.

16) Vgl. den eingehenden Ausschußbericht (Ausschußber. der Bürg. 1871 Nr. 1) von Dr. Hachmann, welcher ausführt, daß jede der Stiftungen a—g nicht Eigentum einer bestehenden Genossenschaft, sondern lediglich ein durch das Geschehenlassen des Staatswillens zu juristischer Persönlichkeit gelangtes

Hintergrund getreten und bezwecken die Stiftungen wesentlich die Gewährung von Freiwohnungen für mehr oder weniger Bedürftige.

Zu diesen Stiftungen[17] gehören:

a) Das St. Georgs Hospital.[18] Der Verwaltung desselben stehen die beiden Bürgermeister vor.

b) Das Hospital zum heiligen Geist.[19] Die Verwaltung desselben steht, nachdem die Institution der Oberalten weggefallen ist, bei den Gemeindeältesten der fünf Hauptkirchen.

c) Das St. Hiobs Hospital.[20] Der Verwaltung stehen die beiden ältesten Senatsmitglieder als Patrone vor. Die eigentliche Verwaltung wird von acht lebenslänglich gewählten Provisoren geführt, welche in der jährlichen Verwaltung der Reihe nach abwechseln. Zur Vertretung ist der jedesmalige Verwalter befugt.

d) Das Armen-, Gast- und Krankenhaus.[21] Das der Verwaltung vorgesetzte große Kollegium besteht aus den zwei Bürgermeistern als Patronen, zwei Alten, die vom Kollegium aus den abgegangenen Provisoren auf Lebenszeit erwählt werden, und acht vom Kollegium erwählten Provisoren, von denen jährlich der älteste abgeht.

Das eigentliche Verwaltungskollegium bilden die zwei Alten und acht Provisoren, deren ältester die Verwaltung führt.

e) Der Konvent.[22] Der Verwaltung steht als Patron das älteste Senatsmitglied vor. Die Verwaltung selbst führen zwei lebenslänglich gewählte Vorsteher, welche alle zwei Jahre in der Verwaltung

---

Zweckleben sei; bei keiner handle es sich heute noch um eine erkennbare Fortwirkung der ursprünglich gegebenen Ziele. Ein privatrechtlicher Charakter lasse sich weder formell noch materiell für diese Stiftungen behaupten. Auch Westphalen (in Hamb. Verf. u. Verw. II S. 221) zählt diese Stiftungen zu den öffentlichen, ebenso Melchior (Ausf.Ges. S. 77 Anm. 6).

17) Die Literatur über die Geschichte, Bestimmung und Verwaltung der einzelnen Stiftungen ist in dem Ausschußber. der Bürg. 1871 Nr. 1 ausführlich angegeben.

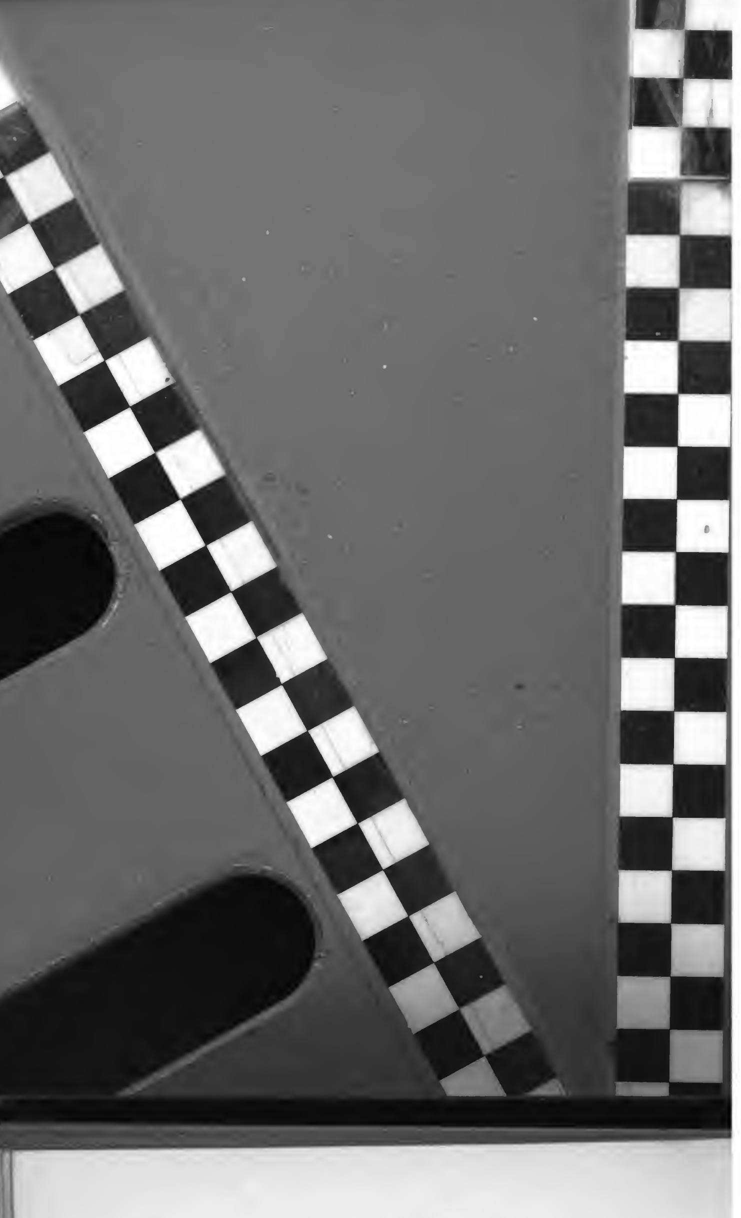
18) Vgl. Ausschußber. S. 4. Die Stiftung soll von Adolf III. oder Adolf IV. von Schauenburg zu Holstein gegründet worden sein; jedenfalls bestand sie schon vor 1220.

19) Vgl. Ausschußber. S. 6. Auch bei dieser Stiftung sind Stifter und Stiftungsjahr nicht nachweisbar. Sie muß aber bereits vor 1248 vorhanden gewesen sein.

20) Vgl. Ausschußber. S. 8. Diese Stiftung ist 1505 von dem damaligen Aeltermann der aus den Ämtern der Krämer, Höker und Fischer zusammengesetzten Brüderschaft gegründet worden.

21) Vgl. Ausschußber. S. 10. Diese Stiftung ist Anfang des 17. Jahrh. von einem unbekannten Stifter gegründet worden.

22) Vgl. Ausschußber. S. 12. Der Konvent wurde 1255 durch die Grafen Johann und Gerhard von Schauenburg gegründet.



wechseln. Fällt ein Vorsteher fort, so wird der neue von dem Verwaltungskollegium gewählt, zu welchem auch noch die an der Spitze der Konventualinnen stehende Jungfrau Mesterin gehört.

f) Das Marien-Magdalenen-Kloster.[23] Die Verwaltung dieser Stiftung steht ebenso wie diejenige des Hospitals zum heiligen Geist (unter b) heute bei den Gemeindeältesten der fünf Hauptkirchen.

g) Das St. Johannis-Kloster.[24] Der Verwaltung dieser Stiftung stehen als Patron zwei Senatsmitglieder vor. Die Verwaltung selbst führen zwei Vorsteher, die vom Verwaltungskollegium auf Lebenszeit gewählt werden; zu letzteren gehört auch die Jungfrau Domina als Vorsteherin der Konventualinnen.

h) Das St. Gertrudstift.[25] Der Verwaltung dieser Stiftung steht der älteste Bürgermeister vor. Als Verwalter fungieren zwei Kirchenvorsteher.

i) Die Unterstützungskasse für Schiffbauer, genannt die Brüderschaft zum Leichnam Christi in der St. Katharinenkirche.[26] Der Verwaltung steht als Patron der jüngste Senator vor, die Verwaltung selbst wird von zwei Verwaltern geführt.

3. Öffentlichrechtlichen Charakter hat ferner die vormals Edzardische Proselytenanstalt, welche dürftige Israeliten, di[e] zum Christentum übertreten wollen, unterstützt.[27] Dieselbe wurde 1761 auf Ansuchen der Familie Edzard vom Rate unter öffentliche Verwaltun[g] gestellt.

Vorgesetzt sind der Verwaltung als Patrone zwei Senatsmitglieder[,] die Verwaltung wird geführt von vier Mitgliedern des geistlichen Mini[-]steriums und einem Professor des Gymnasiums.

---

23) Vgl. Ausschußber. S. 13. Dieses im Jahre 1227 von Graf Adolf I[V.] von Schauenburg gegründete Kloster gehörte ursprünglich dem Franziskane[r]orden und wurde 1531 infolge der Reformation säkularisiert.

24) Vgl. Ausschußber. S. 13. Diese Stiftung ist aus der Verschmelzun[g] des Vermögens zweier Klöster, des 1227 von Graf Adolf IV. von Schaue[n]burg gegründeten St. Johannisklosters, und der ungefähr gleichzeitig v[on] seiner Gemahlin gestifteten Abtei der Zisterzienserinnen zu Herwardeshut[e] (Harvstehude) entstanden. Die Verschmelzung erfolgte gelegentlich d[er] Säkularisation während der Reformation.

25) Vgl. Westphalen II S. 302. Die Stiftungsurkunde stammt vo[m] 1. Nov. 1392.

26) Die Brüderschaften waren ursprünglich religiöse, vom Staate a[n]erkannte Korporationen. Der Fraternitas corporis Christi in Katherine b[y] Schepbuer ward bereits im Jahre 1466 vom Rate ein Rentebuch verliehe[n.] S. Staphorst, Hamb. Kirchengeschichte I S. 224.

27) Sie ward 1667 gestiftet.

4. Einen ganz eigenartigen Charakter haben die Hamburgische Gesellschaft zur Beförderung der Künste und nützlichen Gewerbe und die von dieser ins Leben gerufene Allgemeine Versorgungsanstalt und Kreditkasse für Erben und Grundstücke in Hamburg und dessen Gebiete.[28]

Diese werden auch als öffentliche Anstalten angesehen, stehen aber in keiner unmittelbaren Beziehung zum Staat, sondern haben ihre eigene Verwaltung. Die erstgenannte Gesellschaft hat seit 1767 das Recht, ein eigenes Siegel zu führen und sich „Hamburgische Gesellschaft" zu nennen, während es im allgemeinen privaten Vereinigungen untersagt war, das Wort „Hamburgisch" in ihrem Namen zu führen.[29] Auch steht der Gesellschaft das Recht zu, Fleißmedaillen für Gewerbeschulen und Medaillen für Diensttreue im Gesinde zu verleihen.

C. Die Sparkassen.

Die Ritzebütteler Sparkasse steht unter Aufsicht und Garantie der Landesversammlung in Ritzebüttel,[30] die Bergedorfer Sparkasse unter der Verwaltung der Sparkassenkommission, einer Bergedorfer Kommunalbehörde.[31] Danach steht der öffentliche Charakter dieser Institute außer Zweifel.

Ob auch die beiden Hamburger Sparkassen öffentliche Anstalten sind, ist zweifelhaft. Jedenfalls sind sie öffentliche Sparkassen im Sinne von § 1807 Ziff. 5 B.G.B., da der Senat sie hierzu ausdrücklich erklärt hat. Da sie mit Genehmigung des Senats gegründet worden sind[32] und der Senat sich einen gewissen Einfluß auf

28) Vgl. über diese Anstalten Westphalen a. a. O. II S. 216, 280, 283, wo diese Anstalten als öffentliche angesehen werden. Westphalen erklärt (S. 217), daß fast alles, was, insbesondere in den ersten dreißig bis vierzig Jahren ihrer Entstehung, in Hamburg für das Gemeinwohl geschah, von dieser Gesellschaft zuerst ausging, so daß ihre Geschichte zugleich die Geschichte des verbesserten Gemeinwesens von Hamburg sei.

29) Vgl. Baumeister I S. 60 Anm. 1.

30) Vgl. Landgemeindeordn. v. 12. Juni 1871 Art. 20 Abs. 6; Bek. der Landherrnschaft Ritzebüttel v. 31. Jan. 1883 (Ges.Samml. 1883 S. 184).

31) Vgl. § 29 Bek. v. 15. April 1874 betr. das Gemeindestatut der Stadt Bergedorf (Ges.Samml. 1874 S. 416).

32) Die Sparkasse von 1827 ist von einer Behörde, dem Armenkollegium, ins Leben gerufen worden, welche eine Kommission zur Feststellung des Organisationsplans niedersetzte. Nachdem der Plan vom Rate geprüft und bestätigt worden, wurde er 1827 veröffentlicht. Vgl. Westphalen, Hamb. Verf. und Verw. II S. 272, wo diese Sparkasse, die einzige, welche damals existierte, ebenfalls zu den öffentlichen Anstalten gerechnet wird. — Daß die Hamburger Sparkassen selbständige Rechtssubjekte sind, steht fest. Anders nach preuß. Recht; vgl. Entsch. d. R.G. 64 S. 401.

die Satzungen vorbehalten hat, so ist die Zulässigkeit dieser Anordnung nicht zu beanstanden. Dagegen wird man diese Sparkassen ganz allgemein als Anstalten des öffentlichen Rechts nicht ansehen können.

Die Organisation der Sparkassen beruht auf ihrer Satzung.[33]

1. Die Hamburger Sparkasse von 1827.

a) Organe der Sparkasse sind:

α) Die Hauptversammlung, welche aus dem Präses, sämtlichen Direktoren, Revisoren und Verwaltern besteht. Dieselbe ist das oberste Organ der Anstalt. Ihr ist die Jahresabrechnung vorzulegen; sie hat gemeinsam mit einer Direktorialversammlung über die Verwendung des Reservefonds zu gewissen Zwecken zu beschließen. Die Hauptversammlung hat über Abänderung der Satzungen oder der Geschäftsordnung zu beschließen. Beschlüsse über Änderung der Satzungen bedürfen der Genehmigung des Senats.

β) Die Direktorialversammlung, bestehend aus dem Präses und den Direktoren. Dieselbe hat den Geschäftsgang zu kontrollieren und Anträge für die Hauptversammlung vorzubereiten; um an die letztere zu gelangen, muß ein Antrag in der Direktorialversammlung mindestens $^1/_3$ der Stimmen der Anwesenden erhalten.

γ) Die Bureaus, und zwar das Hauptbureau und die Distriktbureaus, welche den Verkehr mit dem Publikum vermitteln.

Das Hauptbureau, welches aus dem Präses und fünf Direktoren besteht, vertritt die Anstalt gerichtlich und außergerichtlich.[34] Das Hauptbureau ist bei Anwesenheit von vier Mitgliedern beschlußfähig.

Zu allen Erklärungen und Rechtshandlungen ist die Mitwirkung von zwei Mitgliedern erforderlich, mit folgenden Ausnahmen:

aa) Durch drei Mitglieder oder durch zwei Mitglieder und einen Geschäftsführer hat die Vertretung zu erfolgen vor den Grundbuchämtern und behufs Stellung von Anträgen auf Eintragungen, Umschreibungen und Löschungen in den Reichs- und Staatsschuldbüchern.

bb) Jede Quittung muß zwei Unterschriften tragen, und zwar entweder von Mitgliedern des Hauptbureaus, oder von den beiden Geschäfts-

---

33) Die neueste Satzung der Sparkasse von 1827 ist seit dem 1. Januar 1907 in Geltung, diejenige der Neuen Sparkasse trägt das Datum des 2. Nov. 1898, als des Tages der Erteilung der Senatsgenehmigung.

34) Vgl. Art. 3 der Satzungen.

führern, oder von den vom Hauptbureau dafür bestellten Beamten. Besondere Vorschriften enthält die Geschäftsordnung über die Erteilung von Quittungen über Einlagen auf Kontrabücher.

b) Über die Einlagen und das Verhältnis der Einleger zur Sparkasse s. § 52 Anm. 4.

c) Für die Verwaltung des Vermögens der Sparkasse gelten folgende Grundsätze:

α) Von den eingezahlten Kapitalien werden 5—10 % als Roulancefonds zum Diskontieren von Wechseln benutzt, bis zu 10 % dürfen in Reichs-, Hamburgischen oder preußischen Staatspapieren oder Schuldverschreibungen und der Rest muß in Hamburgischen Hypotheken oder Renten innerhalb einer bestimmten Wertgrenze oder in Darlehen an den Hamburgischen Staat angelegt werden.

β) Der Reservefonds, welcher den Überschuß über die Guthaben der Gläubiger darstellt, muß, soweit er nicht durch das Grundeigentum der Sparkasse gedeckt ist, in Reichs-, Hamburgischen oder preußischen Staatspapieren oder Schuldverschreibungen angelegt werden. Auch dürfen aus dem Reservefonds auf Vorschlag des Hauptbureaus durch Beschluß der Direktorial- und Hauptversammlung und mit Genehmigung des Senats innerhalb einer bestimmten Grenze Darlehen für milde oder gemeinnützige Zwecke gegeben werden. Unter denselben Voraussetzungen dürfen auch gewisse Dotationen bewilligt werden.[35]

γ) Die Kündigung und Veräußerung von Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, die Anschaffung und der Verkauf von Staatspapieren erfolgt grundsätzlich auf Beschluß des Hauptbureaus,[36] das Nehmen und die Begebung von Wechseln durch einstimmigen Beschluß der Finanzdirektoren.[37]

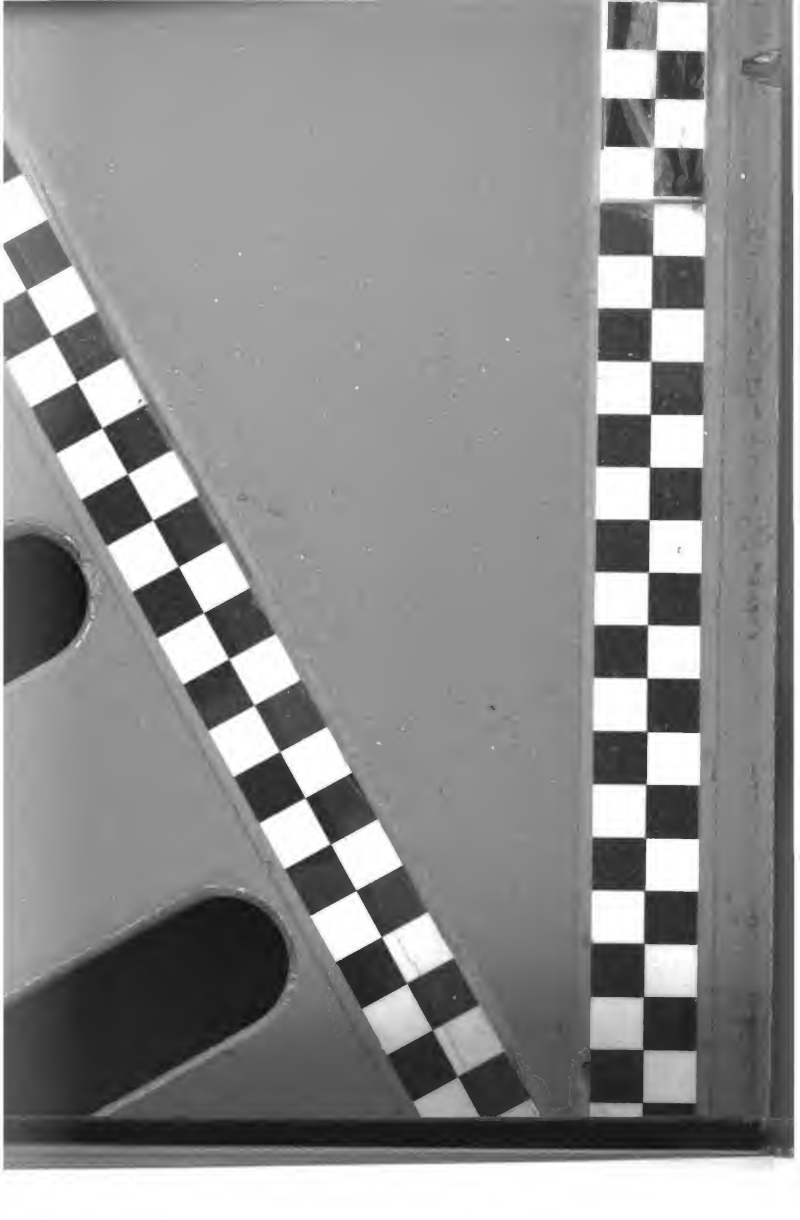
d) im Falle einer Liquidation der Sparkasse soll der Reservefonds endgültig für milde Zwecke verwandt werden, und zwar ebenfalls auf Vorschlag des Hauptbureaus durch Beschluß der Direktorial- und der Hauptversammlung und mit Genehmigung des Senats.

2. Die Neue Sparkasse in Hamburg.

a) Organe dieser Sparkasse sind:

α) Die Direktion, welche aus 30 oder mehr Direktoren besteht und in der Direktorialversammlung verhandelt und beschließt.

35) Vgl. Art. 13 der Satzungen.
36) Vgl. Art. 1 Nr. 15 Geschäftsordn. der Hamb. Spark. v. 1827 (1901).
37) Vgl. ebenda Art. 1 Nr. 12.



Die Direktion vertritt die Anstalt nach außen, leitet den Gang der Geschäfte, stellt die Geschäftsordnung fest, handhabt die Kontrolle über die gesamte geschäftliche Tätigkeit der Anstalt, wählt die Beamten und schließt die Kontrakte mit ihnen ab. Die Direktion beschließt mit Genehmigung des Senats auch über Änderungen der Statuten.

β) Der Vorsitzende, der stellvertretende Vorsitzende, der Protokollführer und drei Finanzdirektoren, sowie zwei Vertreter derselben. Diese führen die unmittelbaren Verwaltungsgeschäfte.

Zur gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung der Sparkasse sind der Vorsitzende und der protokollführende Direktor gemeinschaftlich legitimiert. An Stelle des Vorsitzenden tritt event. der stellvertretende Vorsitzende.[38] Hiervon bestehen folgende Ausnahmen:

aa) Vor den Grundbuchbehörden und bei der Umschreibung von Staatspapieren vor der Finanzdeputation tritt an Stelle des protokollführenden Direktors einer der Finanzdirektoren.

bb) Das Abschreiben per Bank geschieht durch zwei Finanzdirektoren oder durch einen Finanzdirektor und einen Geschäftsführer gemeinschaftlich.

cc) Der Ankauf von Wechseln erfolgt durch die drei Finanzdirektoren gemeinschaftlich, die Begebung von Wechseln ebenso, wobei aber an Stelle eines Finanzdirektors ein Geschäftsführer treten kann.

b) Über die Einlagen dieser Sparkasse s. § 52.

c) Für die Verwaltung und Anlage des Vermögens der Kasse sind folgende Grundsätze maßgebend:

α) Höchstens 20 % der Gesamtsumme der Guthaben werden als Roulancefonds und zwar in der Regel zum Ankauf von Wechseln verwendet, auch kann ein Teil auf einstimmigen Beschluß der Finanzdirektoren gegen Sicherheit nach den Grundsätzen der Reichsbank ausgeliehen werden; weitere 25 % dürfen mit Zustimmung der Direktion in Schuldverschreibungen des Reichs oder eines Bundesstaates oder in Papieren, deren Verzinsung von dem Reich oder einem Bundesstaat gewährleistet ist, angelegt werden; der Rest muß hypothekarisch in Hamburgischen Grundstücken derart angelegt werden, daß die Hypotheken sich im ersten Drittel des Grundsteuerwertes befinden; auch kann von dem Rest ein Teil an den Hamburgischen Staat ausgeliehen werden.

38) Vgl. Art. 18 der Statuten.

β) Der Reservefonds ist nach dem Ermessen der Finanzdirektoren anzulegen. Die Hälfte der jährlichen Zinsen des Reservefonds kann nach dem Ermessen der Direktion für wohltätige oder gemeinnützige Zwecke verwendet werden. Eine Entnahme aus der andern Hälfte der Zinsen oder aus dem Kapital ist nur mit Zustimmung des Senats zulässig.

γ) Alle die Verwaltung der Kapitalien betreffenden Maßnahmen müssen in einer Direktorialversammlung mitgeteilt werden.

d) Im Falle einer Liquidation der Sparkasse soll der Reservefonds endgültig für gemeinnützige Zwecke Verwendung finden, und zwar auf Beschluß der Direktorialversammlung mit Genehmigung des Senats.

III. Hinsichtlich der privatrechtlichen Vorrechte dieser juristischen Personen gilt folgendes:

1. Das Recht der öffentlichen Kassen dürfte ihnen sämtlich zustehen. S. § 39 III 2. Bei den Sparkassen ergibt sich schon aus der Natur ihrer Verbindlichkeiten gegenüber den Einlegern, daß sie an der Kasse zu leisten haben.[39]

2. Buchungsfrei nach § 18 A.G. z. G.B.O. sind die Grundstücke der unter I und II A, B aufgeführten juristischen Personen sowie der Ritzebütteler und der Bergedorfer Sparkasse. Dagegen dürften die beiden Hamburger Sparkassen in diesem Sinne nicht als Anstalten des öffentlichen Rechts anzusehen sein. S. § 65 I 1.

3. Die Sparkassen haben das Privileg, daß sie zur Anlegung von Mündelgeld verwandt werden dürfen. S. § 142 II.

Dritter Abschnitt.

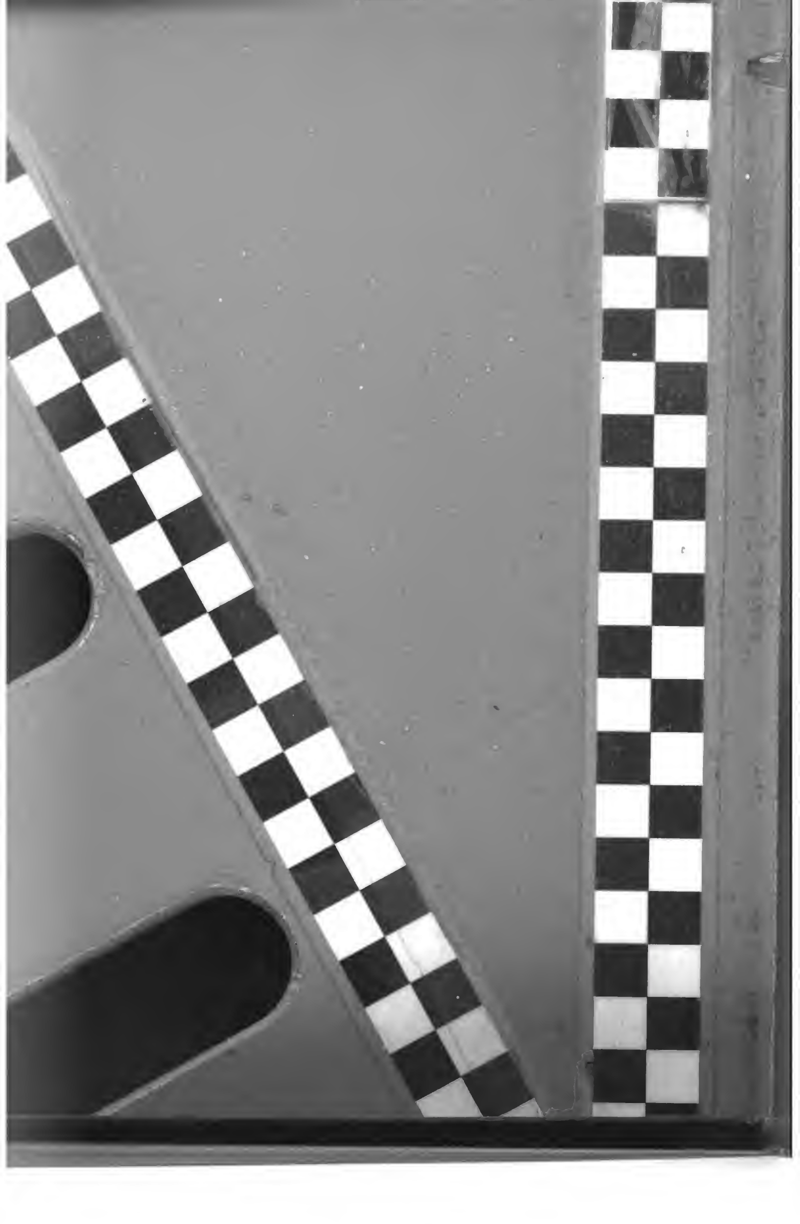
Die Rechtsgeschäfte.

§ 28. Unzulässige Rechtsgeschäfte.

I. Die Streitfrage des gemeinen Rechts, ob, wenn ein Gesetz die Vornahme eines Rechtsgeschäfts verbietet bezw. mit Strafe belegt, ohne die Nichtigkeit ausdrücklich auszusprechen, das dem Verbote zuwider vorgenommene Rechtsgeschäft der Regel nach nichtig sei, hat das B.G.B. im Einklang mit der zuletzt für das gemeine Recht[1] herrschenden

39) Vgl. Dernburg II 1 § 52 II 5.

1) Vgl. Entsch. des R.G. 16 S. 106, 17 S. 300; Seuff. Arch. 37 Nr. 92; Mot. z. Entw. I des B.G.B. I S. 210.



Meinung bejaht. Nach § 134 B.G.B. ist ein Rechtsgeschäft, welches gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

Derartige Verbotsgesetze enthält das Reichsrecht und das Landesrecht. Erstere gehören nicht hierher. Immerhin ist zur Feststellung der Tragweite des § 134 B.G.B. für das Landesrecht festzustellen, wie derselbe auszulegen ist.

1. Voraussetzung für die Nichtigkeit ist ein Verbotsgesetz. Gesetz ist jede Rechtsnorm (Art. 2 E.G. z. B.G.B.), in welche rechtliche Form sie sich kleiden mag.

2. Erforderlich ist ferner, daß durch das Gesetz das besondere Rechtsgeschäft verboten wird. Es genügt im allgemeinen nicht, daß Handlungen verboten werden, welche die Eingehung eines Rechtsgeschäftes nicht zur notwendigen Voraussetzung haben, aber allerdings auch durch Vollziehung eines an sich erlaubten Rechtsgeschäfts begangen werden können.[2]

3. Es darf sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergeben. Insbesondere kann aus dem Gesetz hervorgehen, daß ein Rechtsgeschäft bloß anfechtbar sein soll; oder die Gesetzesvorschrift kann bloß eine disziplinare, ordnungspolizeiliche oder auch fiskalische Bedeutung haben und demgemäß die privatrechtliche Wirksamkeit des Geschäfts gar nicht berühren wollen. Um die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts herbeizuführen, muß das Gesetz direkt darauf gerichtet sein, das Entstehen und die Rechtswirksamkeit von Privatrechtsverhältnissen zu hindern. Dies ist stets der Fall, wenn es sich um Gesichtspunkte der allgemeinen Sicherheit oder Sittlichkeit handelt, nicht aber schon dann, wenn bloße Rücksichten auf das allgemeine Wohl vorliegen.[3]

4. Es muß sich um ein gesetzlich absolut verbotenes, nicht etwa ein Geschäft handeln, welches zu seiner Gültigkeit der Genehmigung des Staates oder eines Privaten bedarf.

II. Solche landesrechtlichen Verbotsgesetze sind hinsichtlich ihrer privatrechtlichen Wirkungen in Kraft geblieben und können auch ferner erlassen werden, insoweit sie öffentlichrechtliche Bedeutung haben oder einem vorbehaltenen Rechtsgebiete angehören.

Die öffentlichrechtlichen Vorschriften sind nicht etwa deshalb außer

2) Vgl. Seuff. Arch. 37 Nr. 92; 42 Nr. 197; Entsch. d. R.G. 18 S. 221.
3) Vgl. Entsch. des R.G. 35 S. 183; Seuff. Arch. 61 Nr. 148; Crome, System des Bürg. Rechts I S. 375; Eck, Vorträge S. 126.

Kraft getreten, weil sie gemäß § 134 B.G.B. auch privatrechtliche Bedeutung besitzen. Denn sie sind in erster Linie Vorschriften öffentlich-rechtlichen Charakters und daher vom Reichsrecht gar nicht berührt worden.

Zu den privatrechtlich nichtigen Rechtsgeschäften gehören nach dem Hamburgischen Recht z. B.:

1. Geschäfte über Abgabe von Sprengstoffen an Personen, welche nicht zum Besitz von solchen berechtigt sind oder von denen ein Mißbrauch derselben zu befürchten ist.[4]

2. Gewisse Vereinbarungen der Gesindevermieter und der Stellenvermittler für Seeleute, die verboten sind.[5] Insbesondere sind auch nichtig vertragsmäßige Pfandbestellungen an Gegenständen, die aus Anlaß der Stellenvermittlung in den Besitz des Stellenvermittlers gelangt sind, sowie Vereinbarungen über Vergütungen, die sich der Stellenvermittler von gewissen Gewerbetreibenden für die Ausübung seiner Vermittlertätigkeit versprechen oder gewähren läßt. S. § 50 III.

In letzterem Sinne ist auch als nichtig anzusehen das Geschäft über eine Vergütung, die der Fremdenführer für die Begleitung von Fremden in Hotels, Gasthäuser usw. von den Inhabern solcher gewerblichen Betriebe erhalten soll.[6]

3. Miet- und Aftermietverträge, welche dem Wohnungspflegegesetz zuwiderlaufen.[7]

4. Vereinbarungen, welche den obrigkeitlichen Taxen zuwiderlaufen, soweit solche nicht ausdrücklich gestattet sind. S. § 49.

5. Dienstbotenverträge mit Ammen ohne ärztliche Bescheinigung über den Gesundheitszustand der letzteren.[8] S. § 44 I 2c.

---

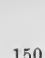
4) Vgl. § 26 Ver. betr. den Verkehr mit Sprengstoffen v. 26. Juli 1905. Diese Verordnung beruht auf einem Beschlusse des Bundesrats, ist aber in den Einzelstaaten nur auf Grund landesherrlicher Verordnungen in Kraft getreten.

5) Vgl. § 11 Vorschr. v. 30. April 1902 betr. den Geschäftsbetrieb der Gesindevermieter und Stellenvermittler; §§ 11, 13, 14 Vorschr. v. 23. März 1903 für den Geschäftsbetrieb der Stellenvermittler für Seeleute. Die Gültigkeit dieser Vorschriften gegenüber dem Reichsrecht beruht auf § 38 Abs. 1 G.O.

6) Vgl. § 5 Fremdenführerordn. v. 19. Mai 1905 (Wulff IV S. 333).

7) Vgl. Ges. v. 8. Febr. 1907 betr. die Wohnungspflege (Amtsbl. 1907 S. 69.

8) Vgl. § 4 Dienstbotenordn. v. 7. Dez. 1898. Die Fassung dieser Vorschrift ist eine kategorische: „Ammen dürfen nicht in Dienst genommen werden und nicht in Dienst treten."



6. Gewisse Geschäfte der staatlichen und privaten Pfandleiher, z. B. Vorschüsse ersterer an letztere.[9]

7. Gewisse Geschäfte über Nahrungsmittel, z. B. über Wild nach Ablauf von 14 Tagen nach dem Beginn der Schonzeit,[10] über Milch entgegen dem Gesetz betr. den Verkehr mit Kuhmilch, welches im Interesse der öffentlichen Hygiene eine große Anzahl von Verboten enthält,[11] und über Fleisch, dessen Feilhalten oder Einfuhr durch das Gesetz verboten ist.[12]

8. Rechtsgeschäfte, welche dem Verbot der Übertragung der Witwen- und Waisenpension der Hinterbliebenen von Staatsbeamten zuwiderlaufen.[13] S. § 47 III 3 c β.

9. Die Doppelversicherung hinsichtlich eines in die staatliche Feuerkasse aufgenommenen Gebäudes.[14]

10. Vereinbarungen über öffentliche Anzeigen, welche durch die Medizinalordnung verboten sind.[15]

III. Dagegen sind nicht nichtig z. B.:

1. Rechtsgeschäfte, welche Beamte entgegen den ihnen im disziplinarischen Interesse auferlegten Erwerbsbeschränkungen vorge-

---

9) Vgl. z. B. § 6 Leihhausordn. v. 29. Dez. 1882; § 4 Pfandleiherordn. v. 10. Dez. 1880.

10) Vgl. § 28 Jagdges. v. 2. Jan. 1903 (Wulff IV S. 308).

11) Über die Frage, inwieweit Rechtsgeschäfte, welche gegen das Reichsges. v. 14. Mai 1879 betr. den Verkehr mit Nahrungsmitteln verstoßen, nichtig sind, bestand in der Hamburgischen Judikatur unter dem alten Recht ein lebhafter Streit. Das L.G. hat wiederholt eingehend (Hauptbl. 1886 Nr. 72; Beibl. 1887 Nr. 26, 1888 Nr. 163, 1889 Nr. 57, 99) den Standpunkt verfochten, daß Rechtsgeschäfte, welche objektiv den Tatbestand einer nach dem gen. Gesetz strafbaren Handlung enthielten, gegen ein gesetzliches Verbot verstießen und daher nichtig seien. Dagegen hat das O.L.G. (Beibl. 1887 Nr. 89, 1888 Nr. 163, 1889 Nr. 57, 99; Seuff. Arch. 42 Nr. 197) konsequent die Ansicht vertreten, daß das Reichsgesetz ein solches Verbot nicht enthalte; das Verbot reiche nicht weiter als die Strafandrohung; man könne nicht annehmen, daß diejenige Handlung, welche für den Fall des Vorhandenseins einer Willensschuld desjenigen, der sie vorgenommen hätte, mit Strafe bedroht sei, allemal auch objektiv ohne Rücksicht auf die subjektive Schuld des letzteren als verboten anzusehen sei. Das Ges. v. 18. April 1894 betr. den Verkehr mit Kuhmilch (Wulff II S. 398) enthält aber namentlich in seinen §§ 1, 2 sehr klare Verbote, aus denen sich die Nichtigkeit der ihnen zuwider abgeschlossenen Rechtsgeschäfte ergibt.

12) Vgl. §§ 5, 8, 10 Ges. v. 19. März 1894 betr. die Einführung des Schlachtzwanges und einer Fleischbeschau (Wulff IV S. 287). S. hierzu auch die vor. Anm.

13) Vgl. § 10 Ges. v. 11. Dez. 1903 betr. die Fürsorge für die Witwen und Waisen der Hamb. Staatsbeamten (Wulff IV S. 56).

14) Vgl. § 4 Ges. v. 20. Febr. 1885 betr. die Hamburger Feuerkasse.

15) Vgl. insbesondere Ver. v. 19. Juli 1907 zur Ausf. des § 8 der Medizinalordn. (Amtsbl. 1907 S. 467).

nommen haben (s. § 47 III 2). Das Gesetz richtet sich nicht gegen den Abschluß derartiger Geschäfte, sondern gegen die betreffende Tätigkeit des Beamten im allgemeinen. Der Abschluß der Geschäfte hat lediglich disziplinarische Ahndung zur Folge.[16]

Dies bezieht sich ebenfalls auf die Geschäftsbeschränkungen, die den Notaren auferlegt sind und nach denen letztere neben dem Notariat keine sonstigen Amts- oder Berufsgeschäfte betreiben, keine in den Geschäftskreis der Rechtsanwälte oder der Makler fallende Tätigkeit, insbesondere keine Vermittlungen im Grundeigentum- oder Hypothekenverkehr ausüben dürfen.[17]

Auch das Verbot der Annahme von Geschenken oder Gratifikationen seitens der Gerichtsvollzieher für dienstliche Leistungen oder des Eingehens kontraktlicher Verhältnisse seitens dieser Beamten mit den Parteien oder deren Vertretern,[18] sowie dasjenige der Lieferung von Grabdenkmälern und -umfassungen seitens der Friedhofsangestellten[19] hat im Falle der Übertretung nur disziplinarische Ahndung zur Folge.

2. Rechtsgeschäfte, welche gewisse mit öffentlichen Befugnissen ausgestattete Personen entgegen besonderen Beschränkungen abschließen. Hier liegt die Beschränkung im Interesse der betr. Privaten, welche das Rechtsgeschäft anfechten, aber auch genehmigen können. Mithin liegt eine absolute Nichtigkeit nicht vor.[20] Dazu gehören z. B. folgende Fälle:[21]

a) Die beeidigten Tabaksexperten dürfen keine Geschäfte

---

16) So auch Oertmann S. 44, Kisch S. 180, Kloß S. 21.

17) Vgl. § 6 Ges. v. 29. Dez. 1899 betr. das Notariat (Wulff III S. 323).

18) Vgl. § 1 Instr. für d. Gerichtsvollz. v. 1. Jan. 1900 (Wulff III S. 412). Dagegen ist gemäß §§ 456—458 B.G.B., 2 der gen. Instr. nichtig ein Ankauf von Pfandstücken seitens des Gerichtsvollziehers, wenn nicht alle Beteiligten zustimmen. Kauft ein Angehöriger des Gerichtsvollziehers das Pfandstück für sich, so kann das den Gerichtsvollzieher nach § 2 der Instr. disziplinarisch strafbar machen, doch tritt eine Nichtigkeit des Kaufes nicht ein.

19) Vgl. § 8 Abs. 4 Begräbnisordn. v. 27. Sept. 1882.

20) Vgl. Kisch S. 182. Derselbe führt mit Recht aus, daß diese Auffassung den Interessen der Beteiligten mehr entspricht, als wenn man die Geschäfte für nichtig erklären würde.

21) Das an die beeidigten Bücherrevisoren gerichtete Verbot, eigene kaufmännische Geschäfte zu betreiben, oder sich an geschäftlichen Unternehmungen zu beteiligen (Bek. v. 15. Mai 1888 betr. die Ernennung beeid. Bücherrevisoren [Wulff I S. 369]), gehört ebenfalls hierher, da es sich nur gegen eine Tätigkeit im allgemeinen richtet.

über solche Partien Tabak machen oder vermitteln, bei denen das Probeziehen oder Bemustern durch sie selbst besorgt ist.[22]

b) Die beeidigten Getreidewäger dürfen keine Handels- oder Vorschußgeschäfte in Getreide und ähnlichen Waren machen.[23]

c) Die beeidigten Messer ausländischer Nutzhölzer dürfen keine Geschäfte durch Kauf, Verkauf oder Vermittlung in solchen Hölzern machen.[24]

3. Rechtsgeschäfte über Lose von staatlich genehmigten, aber in Hamburg nicht zugelassenen Lotterien. Die privatrechtliche Seite dieser Lotteriegeschäfte ist durch das Reichsrecht geregelt (§§ 762, 763 B.G.B.). Danach sind diese Lotteriegeschäfte trotz ihrer Strafbarkeit gültig.[25]

4. Rechtsgeschäfte, welche gegen das Verbot des Hausier- und Trödelhandels im Hafen verstoßen.[26] Hier ergibt sich die privatrechtliche Zulässigkeit der Geschäfte aus dem Gesetze selbst. Denn das Verbot ist kein absolutes, vielmehr kann die Erlaubnis zu derartigen Geschäften erteilt werden. Auch ist das Verbot lediglich im polizeilichen und im Interesse der Schiffsdisziplin erlassen worden.

5. Rechtsgeschäfte der Trödler, welche gegen das Reglement vom 16. Mai 1893[27] verstoßen, das rein polizeilichen Charakter hat. Rechtsgeschäfte der Trödler mit Minderjährigen sind danach z. B. gültig, falls nur eine stillschweigende Genehmigung der Eltern oder Vormünder vorliegt.

6. Rechtsgeschäfte der Dienstmänner und Fremdenführer, durch welche sie ihre Dienstleistungen Anderen übertragen.[28]

22) Vgl. § 7 Bek. v. 26. Mai 1869 betr. die Anstellung beeidigter Tabaks-Experten, sowie vom 17. Febr. 1870 (Ges.Samml. 1870 S. 179).

23) Vgl. § 2 Bek. v. 16. Dez. 1882 betr. die Anstellung beeidigter Getreidewäger (Wulff I S. 368).

24) Vgl. § 4 Ges. v. 24. Juni 1903 betr. die Messung und Wägung ausländischer Nutzhölzer (Wulff IV S. 176).

25) Vgl. Wulff II S. 552 Anm. 2 sowie die dort angegebene Literatur.

26) Vgl. § 9 Hafengeß. v. 2. Juni 1897 (Wulff I S. 463). Das gesetzliche Verbot richtet sich gegen den Handel im Umherziehen, nicht gegen die einzelnen Rechtsgeschäfte. Das Verbot des Verkaufs von Waren seitens der Schiffsmannschaften fällt unter die Kategorie der unter III 1 behandelten Verbote.

27) Vgl. Wulff I S. 560.

28) Vgl. § 5 Dienstmannsordn. v. 12. März 1905 (Wulff IV S. 327) und § 4 Fremdenführerordn. v. 19. Mai 1905 (Wulff IV S. 333). Es ist nur die „eigenmächtige“ Übertragung untersagt.

Auch hier handelt es sich nicht um ein absolutes Verbot, da der Dienstherr die Übertragung gestatten und genehmigen kann.

IV. Handelt es sich um ein Geschäft, dessen Inhalt gegen ein Strafgesetz verstößt oder ist das Geschäft offenbar ungültig, so sollen der Richter und der Notar die Beurkundung ablehnen.[29]

§ 29. Die Form der Rechtsgeschäfte.

Über die Form der Rechtsgeschäfte sind im Reichsrecht zahlreiche Vorschriften enthalten. Auch das Landesrecht kann auf dem vorbehaltenen Gebiete solche Vorschriften treffen. Als Grundsatz gilt aber sowohl für das Reichs- wie für das Landesrecht derjenige der Formfreiheit.

I. Die vorgeschriebenen Formen sind sehr verschiedene.

1. Die schriftliche Form.

a) Dieselbe ist nach Landesrecht vorgeschrieben:[1]

α) für die Erklärung, durch welche das Nutzungsrecht an einem Deiche im Gebiete der Landherrnschaft Ritzebüttel aufgegeben wird (§ 65 A.G. z. B.G.B.).

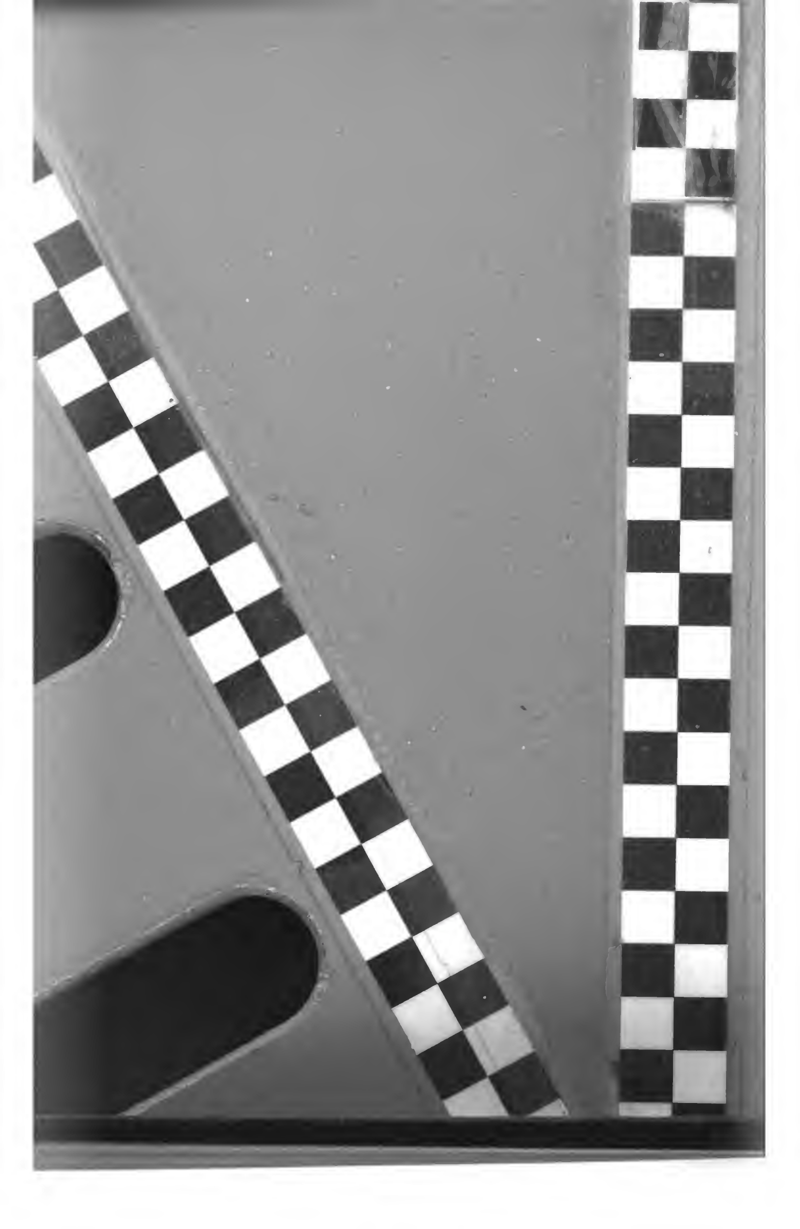
β) für gewisse rechtsgeschäftliche Erklärungen betr. die Eintragung von Schuldverschreibungen in das Hamburgische Staatsschuldbuch.[2] S. § 54.

---

29) Vgl. §§ 17 Hamb. F.G.G. v. 29. Dez. 1899; 24 Ges. betr. das Notariat v. 29. Dez. 1899.

1) Dem öffentlichen Recht gehören die Vorschriften an, nach denen Reklamationen bez. gewisser Steueransätze, z. B. der Immobilienabgabe (§ 25 Ges. v. 1. März 1882) oder der Erbschaftssteuer (§ 23 Ges. v. 2. März 1903), schriftlich, oder, z. B. bez. der Einkommensteuer (§ 15 Ges. v. 2. Febr. 1903), schriftlich oder zu Protokoll des Bureaus der Steuerverwaltung erhoben werden müssen. Auch für die Bauanzeige und die Bescheinigung über ihren Eingang ist die schriftliche Form vorgeschrieben (§ 11 Baupolizeiges.). — Eine besondere Wirkung hat die schriftliche Eröffnung einer behördlichen Verfügung bez. der Frist zur Erhebung der Zivilklage nach § 26 Verhältnisges. S. § 56 II 3 d.

2) Z. B. für den Antrag auf Eintragung einer Forderung, sowie auf gleichzeitigen Vermerk einer Beschränkung des Gläubigers, für die gleichzeitige Erteilung, sowie den Widerruf einer Vollmacht (§§ 10, 12 Ges. v. 14. April 1902), für die Benachrichtigung der eingetragenen Gläubiger bez. der Kündigung und Auslosung von Staatsschuldverschreibungen (§ 15 Ges.), für Angabe von Änderungen in der Person oder der Wohnung des Zinsenempfängers (§ 18 Ges.).



γ) für gewisse rechtsgeschäftliche Erklärungen und Verfügungen im öffentlichen Hinterlegungsverfahren.[3] S. § 40.

δ) r die Einforderung von Gebühren und Auslagen seitens der Notare (§ 29 Notariatsges.).

ε) für den Jagdpachtvertrag (§ 12 Jagdges.).

ζ) für die Kündigung des Wasserbezugs gegenüber der Stadtwasserkunst (§ 8 Regl. vom 13. Juli 1906).

η) für die Einwilligung des Grundeigentümers zum Bau, wenn der Unternehmer nicht gleichzeitig Eigentümer ist (§ 5 Nr. 5 Gesetz vom 15. April 1896).

ϑ) für den Erwerb gewisser Pensionsrechte seitens der Hinterbliebenen von Beamten (§ 18 Gesetz vom 11. Dezember 1903).

ι) für diejenigen Fälle, in denen eine Zustellung angeordnet ist, z. B. bez. des Beschlusses betr. Entziehung der Rechtsfähigkeit eines Vereins, betr. Feststellung der Unschädlichkeit (§§ 2, 39 A.G. z. B.G.B.) usw.

b) Über die Erfordernisse der schriftlichen Form trifft das Landesrecht keine Vorschriften. Demnach gilt auch für diese Fälle § 126 B.G.B., wonach die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden muß. Ferner muß bei einem Vertrage die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen, doch genügt es bei Aufnahme mehrerer gleichlautender Urkunden, daß jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet.

Die schriftliche Form wird durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt.

2. In einzelnen Fällen ist wahlweise schriftliche Form oder Erklärung zu Protokoll einer Behörde vorgeschrieben.

a) Dies ist der Fall

α) für den Antrag auf Hinterlegung eines Geldbetrages im Unschädlichkeitsverfahren (§ 39 A.G. z. B.G.B.).

β) für das Annahme-Ersuchen, den Antrag auf Auslieferung und

3) Z. B. für die Benachrichtigung der Hinterlegungsstelle hinsichtlich gewisser Änderungen in der Verfügungs- oder Empfangsberechtigung bez. des hinterlegten Gegenstandes (§ 29 Hinterlegungsordn.), für die Verfügungen auf den Antrag eines Beteiligten über die Fortsetzung der Verzinsung und betr. Ablehnung des Antrages auf Auslieferung des hinterlegten Gegenstandes (§§ 33, 24 Hinterlegungsordn.).

den Antrag auf Fortsetzung der Verzinsung im Hinterlegungsverfahren (§§ 4, 5, 24, 33 Hinterlegungsordn.).

γ) für den Antrag auf Besitzeinweisung im Expropriationsverfahren (§ 32 Expropriationsges.).

b) Über die Aufnahme des Protokolls in diesen Fällen bestehen landesrechtliche Vorschriften nicht, da § 1 Hamb. F.G.G. nur die Vorschriften des ersten Abschnittes des F.G.G. auf diejenigen Angelegenheiten zur Anwendung bringt, welche landesrechtlich den Gerichten übertragen worden sind, die Vorschriften über die Aufnahme des Protokolls aber in den §§ 175 ff. F.G.G. enthalten sind. Man wird aber auch hier die Vorschriften des Reichsrechts in Verbindung mit denjenigen des Landesrechts über den Inhalt der zu protokollierenden Erklärungen entsprechend zur Anwendung zu bringen haben.

3. In einer Reihe von Fällen ist wahlweise eine öffentliche oder eine öffentlich beglaubigte Urkunde vorgeschrieben.

a) Dies ist der Fall:

α) Für die Einräumung und Aufgabe einer Dienstbarkeit an einem nicht eingetragenen buchungsfreien Grundstücke (§ 43 A.G. z. B.G.B.).

β) Für die Zeugnisse, deren Ausländer oder Ausländerinnen zur Eingehung der Ehe bedürfen (§ 67 A.G. z. B.G.B.).

γ) Für gewisse Erklärungen im Verfahren betr. die Eintragung von Schuldverschreibungen in das Hamburgische Staatsschuldbuch.[4]

δ) Für gewisse Erklärungen im öffentlichen Hinterlegungsverfahren.[5]

b) Über die Zuständigkeit zur öffentlichen Beurkundung und Beglaubigung s. § 30.

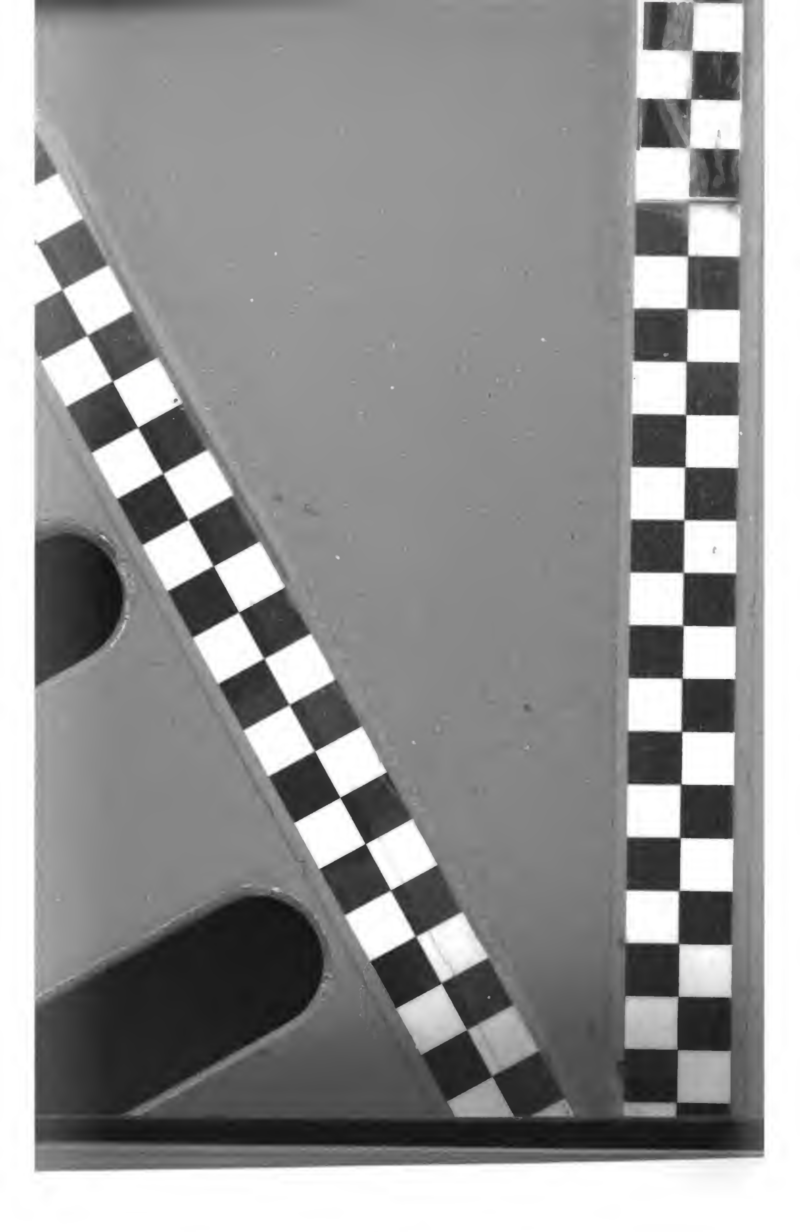
4. Öffentliche beglaubigte Urkunde oder Erklärung zu Protokoll ist für einzelne Fälle im öffentlichen Hinterlegungsverfahren vorgeschrieben.[6]

---

4) Z. B. für den Nachweis der Legitimation des Verwalters einzelner Vermögensmassen (§ 4 Ges. v. 14. April 1902), für gewisse Anträge, welche die eingetragenen Forderungen betreffen (§§ 10, 12 Ges.).

5) Z. B. für die behördliche Verfügung, auf Grund deren die Hinterlegung erfolgen soll (§ 4 Ziff. 4 Hinterlegungsordn.).

6) Z. B. für die zur Auslieferung erforderliche Zustimmungserklärung des Hinterlegers oder eines Dritten (§ 25 Hinterlegungsordn.), für die Abtretung des Anspruches auf die hinterlegte Sache (§ 29 Hinterlegungsordn.), für den Antrag auf Auszahlung des hinterlegten Geldes in gewissen Fällen (§ 31 Hinterlegungsordn.).



5. Ferner ist die notarielle Beglaubigung vorgeschrieben für die Vollmachten der Bevollmächtigten von Versicherungsgesellschaften, welche bei der Handelskammer hinterlegt werden sollen.[7]

6. Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ist, abgesehen von einem Falle,[8] in den Hamburgischen Landesgesetzen direkt nicht vorgeschrieben. Wohl aber ist sie zu beachten infolge der Verweisung der Landesgesetze auf das Reichsrecht. Hierüber vgl. § 30 **II 3 d.**

II. Die Wirkung der Formverletzung richtet sich an sich bei diesen Rechtshandlungen nach dem Landesrecht. Doch wird man regelmäßig davon auszugehen haben, daß, falls sich aus der betr. Vorschrift ein Anderes nicht ergibt, das der gesetzlich vorgeschriebenen Form ermangelnde Rechtsgeschäft nach § 125 B.G.B. nichtig ist.

Eine Ausnahme hat z. B. ausdrücklich das Gesetz vom 14. April 1902 betr. das Hamburgische Staatsschuldbuch im § 15 dahin gemacht, daß die Wirksamkeit der Kündigung einer Anleihe von der schriftlichen Benachrichtigung nicht abhängt.

§ 30. Die Zuständigkeit zur öffentlichen Beurkundung. Die Notare.

Die öffentliche Beurkundung eines Rechtsgeschäftes oder einer Tatsache bedeutet die Aufnahme einer öffentlichen, d. h einer von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommenen, mit besonderer Beweiskraft ausgestatteten Urkunde[1] über das Rechtsgeschäft oder die Tatsache.

Über die Zuständigkeit zur Errichtung solcher öffentlicher Urkunden trifft das Reichsrecht eine grundsätzliche Bestimmung nicht, es regelt die Zuständigkeit nur für einzelne Fälle und läßt auch hier dem Landesrecht noch einen großen Spielraum, so daß der Rechtszustand auf diesem Gebiete ein sehr verwickelter ist.

Das Hamburgische Landesrecht erklärt grundsätzlich für die öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften und Tatsachen die Notare für zuständig (§ 1 Hamb. F.G.G.). Doch

7) Vgl. Bek. der Handelsk. v. 2. Nov. 1900 (Wulff III S. 152).

8) In § 10 des Ges. über das Hamb. Schuldbuch; vgl. hierüber § 30 Anm. 9.

1) Vgl. § 415 Z.P.O.

ist diese Zuständigkeit nur insoweit eine ausschließliche, als nicht Gerichte, sonstige Behörden oder mit öffenlichem Glauben versehene Personen ebenfalls für zuständig erklärt worden sind. Andererseits kann zugunsten der Gerichte oder anderer Behörden die Zuständigkeit der Notare für einzelne Fälle ausgeschlossen sein. Derartige Vorschriften bestehen im Reichs- und im Landesrecht.

I. Die Zuständigkeit der *Notare* zur öffentlichen Beurkundung ist *ausgeschlossen*:

1. kraft *Reichsrechts*:

a) für die Beurkundung der *Übertragung des Eigentums* an einem *Grundstück* (§ 925 B.G.B.) und der Bestellung eines *Erbbaurechts* (§ 1015 B.G.B.). Hierfür ist das *Grundbuchamt* ausschließlich *zuständig*. Von der durch Art. 143 E.G. z. B.G.B. gewährten Befugnis, die Notare auch hierfür für zuständig zu erklären, hat das Hamburgische Recht einen Gebrauch nicht gemacht.

b) für die *Beurkundung des Anerkenntnisses* der Rechnung des Vormundes, wofür die *Vormundschaftsbehörde* zuständig ist (§ 1892 B.G.B.).

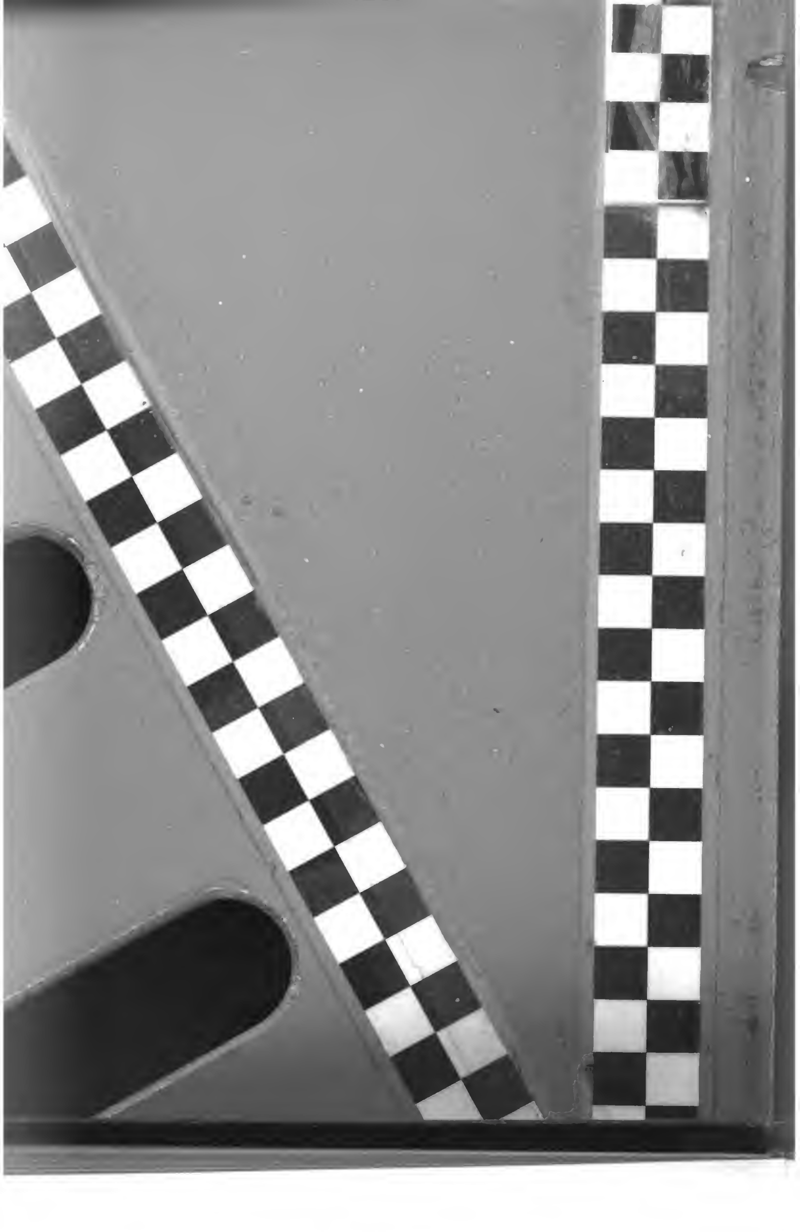
c) für die Beurkundung von *Zustellungen* im Zivil- und Strafverfahren, sowie in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 166 ff. Z.P.O., 37 S.P.O., 16 F.G.G.), welche grundsätzlich durch die Gerichtsvollzieher erfolgen.

d) für die Beurkundung der *Geburten, Eheschließungen, Sterbefälle* (§ 1 Personenstandsges.).

2. Nach *Landesrecht* ist die Zuständigkeit der Notare zur Beurkundung ausgeschlossen hinsichtlich des *Austritts aus einer staatlich anerkannten religiösen Gemeinschaft*. Diese Beurkundung erfolgt seitens der *Aufsichtsbehörde für die Standesämter* (§ 3 Ges. v. 12. Dez. 1888).

II. In einer großen Anzahl von Fällen schreibt das Reichsrecht Beurkundung von Rechtsgeschäften durch *das Gericht oder den Notar* vor. Dies ist die wichtigste Art der öffentlichen Beurkundung. Dabei wird teils die Abgabe der Vertragserklärungen bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien vor dem Gericht oder dem Notar gefordert und der Austausch der beiderseitigen Erklärungen selbst beurkundet,[2] teils genügt die bloße, auch zeitlich getrennte Entgegennahme

2) Dies ist der Fall beim Ehevertrag (§ 1434 B.G.B.), beim Annahmevertrag und seiner Wiederaufhebung (§§ 1750, 1770), beim Erbvertrag und seiner vertragmäßigen Aufhebung (§§ 2276, 2290).



der zu beurkundenden Erklärungen durch das Gericht oder den Notar.[3]

1. Solche Vorschriften enthält vor allem das B.G.B.; sie sind aber auch in anderen Reichsgesetzen enthalten, insbesondere im Handelsgesetzbuch.[4]

2. Den Landesgesetzen ist gestattet, zu bestimmen, daß für die Beurkundung von Rechtsgeschäften, die nach den Vorschriften der Reichsgesetze gerichtlicher oder notarieller Beurkundung bedürfen, entweder nur die Gerichte oder nur die Notare zuständig sind. Art. 141 E.G. z. B.G.B. spricht dies ausdrücklich nur für die Vorschriften des B.G.B. aus, da aber die gerichtlichen und notariellen Urkunden auch Gegenstand des F.G.G. sind, so greift der Vorbehalt nach § 189 dieses Gesetzes auch bei den entsprechenden Vorschriften der übrigen Reichsgesetze Platz.[5]

3. Hamburg hat von diesem Vorbehalte Gebrauch

---

3) Dies ist der Fall bei der Beurkundung des Stiftungsgeschäfts (§ 81 Abs. 2 B.G.B.), bei der Vermögensübertragung (§ 311), beim Erbschaftsvertrag (§ 312 Abs. 2), bei der Veräußerung von Grundstücken (§ 313), beim Schenkungsversprechen (§ 518), beim Verzicht eines Abkömmlings auf seinen Anteil am Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft oder bei der Aufhebung der letzteren durch den überlebenden Ehegatten (§§ 1491 Abs. 2, 1492 Abs. 2), bei der Vereinbarung zwischen dem überlebenden Gatten und den Abkömmlingen über die Anrechnung von Abfindungen (§ 1501 Abs. 2), bei der Zustimmung des andern Ehegatten zu gewissen Verfügungen für den Fall der künftigen fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1516), beim vertragsmäßigen Verzicht eines Abkömmlings gegenüber einem Ehegatten auf den demnächstigen Anteil am Gesamtgut (§ 1517), beim Antrag und der Einwilligung zur Ehelichkeitserklärung (§ 1730), bei der Einwilligung zur Kindesannahme (§ 1748), bei der Verfügung eines Miterben über seinen Anteil (§ 2033), bei der Weiterübertragung eines gekauften Erbanteils (§ 2037), bei der Errichtung und dem Widerruf eines öffentlichen Testaments (§§ 2231, 2238, 2254), beim Widerruf einer korrespektiven Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament bei Lebzeiten des andern Ehegatten (§ 2271), bei der Anfechtung eines Erbvertrags und beim Rücktritt von demselben (§§ 2282 Abs. 3, 2296 Abs. 2), bei der Zustimmung zur Aufhebung des Vermächtnisvertrages (§ 2291 Abs. 2), beim Erbverzicht und der Aufhebung desselben (§§ 2348, 2351), beim vertragsmäßigen Verzicht auf letztwillige Zuwendungen (§ 2352), beim Erbschaftskauf und ähnlichen Verträgen (§§ 2371, 2385).

4) Dies ist der Fall bei der Gründung der Aktien- und Aktienkommanditgesellschaft (§§ 182 Abs. 1, 320 Abs. 3, 321 Abs. 1), bei der Übernahme der Aktien bei Simultangründung (§ 188 Abs. 2) und bei der Bestellung des ersten Aufsichtsrats bei der Simultangründung (§ 190 Abs. 1). Von andern Reichsgesetzen vgl. z. B. §§ 2, 15 Abs. 3, 4, 53 Abs. 2 Ges. v. 20. April 1892 über die Gesellsch. mit beschr. Haftung, § 9 Schuldverschreibungsges. v. 4. Dez. 1899, §§ 4, 10, 11 Ges. v. 31. Mai 1891 betr. das Reichsschuldbuch, § 17 Abs. 2 Ges. v. 12. Mai 1901 über die privaten Versicherungsunternehmungen.

5) Diese Auslegung ist nicht streitig. Vgl. Dernburg I § 137 IV 2, Kisch S. 191, Oertmann S. 132, Staub H.G.B. § 182 Anm. 7, Wulff III S. 223 Anm. 4.

gemacht, indem es für diese Beurkundungen die Notare grundsätzlich allein für zuständig erklärt hat (§ 9 Hamb. F.G.G.).

a) Dieser Vorbehalt erstreckt sich auf alle oben erwähnten Fälle, einerlei ob die Willenserklärung vor dem Gericht oder Notar errichtet oder von ihm bloß beurkundet wird.[6]

b) Er erstreckt sich auch auf diejenigen Fälle, in denen die gerichtliche oder notarielle Form nicht die einzige Form für die Errichtung der betr. Urkunden ist, so auf die Errichtung des öffentlichen Testaments.[6]

c) In einer Anzahl von Fällen, z. B. bei dem dinglichen Vertrag hinsichtlich der Übertragung von Grundstücken,[7] ist für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts die Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nicht vorgeschrieben, doch sind an diese Beurkundung besondere Wirkungen geknüpft. In diesen Fällen bedürfen die Rechtsgeschäfte also streng genommen nicht dieser Beurkundung, vielmehr können sie auch auf andere Weise abgeschlossen werden. Aber es ist nach der Entstehungsgeschichte des Art. 141 E.G. nicht einzusehen, weshalb diese Gesetzesvorschrift auf solche Fälle Anwendung nicht finden soll. Sie läßt sich ungezwungen auch dahin interpretieren, daß solche Rechtsgeschäfte gemeint sind, welche nicht nur zu ihrer Entstehung, sondern auch zur Erzeugung einer bestimmten Wirkung der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfen. Demnach fallen auch die obigen Fälle unter den Vorbehalt.[8]

d) Diese ausschließliche Zuständigkeit der Notare erstreckt sich auch auf diejenigen Fälle, für welche die Landesgesetze durch Verweisung auf

---

6) Gegen die abweichende Ansicht in der Deutschen Juristenztg. 1898 S. 38 ff. vertritt den obigen Standpunkt mit guten aus der Entstehungsgeschichte des Art. 141 E.G. z. B.G.B. geschöpften Gründen Meyer in Beibl. 1899 Nr. 56.

7) Vgl. z. B. §§ 873 Abs. 2, 877, 880, 1154, 1017 Abs. 1, auch § 81 Abs. 2 B.G.B.

8) A. M. Oertmann S. 132 und Kisch S. 192, der ausführt, daß nach dem in dieser Beziehung mit dem Hamburgischen übereinstimmenden elsaß-lothringischen Recht in diesen Fällen die gerichtliche Beurkundung ebensogut wie diejenige durch den Notar die im Reichsrecht vorgesehene Wirkung habe. Aber dann müßte auch gemäß § 167 F.G.G. für diese Fälle eine Zuständigkeit der Amtsgerichte für die Vornahme derartiger Beurkundungen gegeben sein. Dies ist offenbar nicht der Fall. Es wäre widersinnig, wenn das Reichsrecht für diese Fälle den Ausschluß der Zuständigkeit der Gerichte untersagen wollte, während es ihn in den übrigen Fällen zuläßt. Der Sinn des Art. 141 E.G. ist der, daß dort, wo überhaupt für die Beurkundung wahlweise die Zuständigkeit des Gerichts oder des Notars bestimmt worden ist, den Landesgesetzen mit Rücksicht auf die früheren Einrichtungen die Befugnis gegeben sein soll, sich für die eine oder andere Zuständigkeit zu erklären.

reichsgesetzliche Bestimmungen die gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorschreiben (§ 9 Abs. 2 Hamb. F.G.G.).

Solche Verweisungen finden sich besonders in dem Hamburgischen Gesetz vom 14. Juli 1899 betr. den Güterstand der alten Ehen.[9]

e) Der landesrechtliche Ausschluß der Zuständigkeit der Gerichte bezieht sich nur auf die freiwillige Gerichtsbarkeit. Im Zivilprozeßverfahren können die Gerichte auch rechtswirksam Vergleiche in solchen Angelegenheiten beurkunden, für deren Beurkundung nach dem Reichsrecht die Gerichte oder die Notare zuständig sind.[10]

f) Das Landesrecht stellt mehrfache Ausnahmen von der ausschließlichen Zuständigkeit der Notare für solche Beurkundungen auf, welche im folgenden zu erörtern sind.

III. Neben den Notaren sind für die Beurkundungen von Rechtsgeschäften zuständig:

1. die Gerichte.

a) Kraft Reichsrechts sind für die Aufnahme von Urkunden über die Anerkennung der Vaterschaft (§§ 1718, 1720 Abs. 2 B.G.B.) die Amtsgerichte zuständig, ohne daß ihre Ausschließung durch das Landesrecht zulässig wäre (§ 167 Abs. 2 F.G.G.). S. auch § 137 II 2.

b) Für die Beurkundung von Vereinbarungen zwischen dem Vater eines unehelichen Kindes und diesem über den Unterhalt oder eine Abfindung sind nach Landesrecht die Amtsgerichte zuständig (§ 13 Hamb. F.G.G.). S. auch § 137 II 2.

c) Für die Beurkundung des Vertrages über die Annahme an Kindesstatt und deren Wiederaufhebung sowie für die der erforderlichen Einwilligungserklärungen sind nach Landesrecht die Amtsgerichte zuständig, und zwar besteht die Zu-

---

9) Dies ist der Fall z. B. betr. Errichtung eines Ehevertrags unter neuem Recht (§ 3), ferner betr. Anwendung der §§ 1492, 1501, 1516, 1517 B.G.B. auf die alten Ehen. Zutreffend nimmt auch Wulff (III S. 223 Anm. 8) an, daß durch § 10 des Ges. v. 14. April 1902 betr. das Hamb. Schuldbuch, wo von einer gerichtlichen oder notariellen Beurkundung die Rede ist, nicht eine Zuständigkeit der Hamburger Gerichte für die Beurkundung begründet werden soll. Vielmehr ist nach der Tendenz der Hamburgischen Gesetzgebung anzunehmen, daß dieser Ausdruck lediglich dahin auszulegen ist, daß, falls die Beurkundung außerhalb Hamburgs erfolge, sie event. nach den dort maßgebenden Zuständigkeitsvorschriften auch von einem Gericht vorgenommen werden könne.

10) Vgl. Entsch. des R.G. 48 S. 183. Amtsger.Samml. 1902 S. 318.

ständigkeit hierfür bei jedem Hamburgischen Amtsgerichte[11] (§ 9 Abs. 3 Hamb. F.G.G.). S. auch § 137 III.

d) Soweit der öffentlichen Beglaubigung bedürfende Erklärungen den Amtsgerichten gegenüber oder in einem bei ihnen anhängigen Verfahren abzugeben sind, können sie nach Landesrecht auch von den Amtsgerichten beurkundet werden (§ 14 Hamb. F.G.G.).[12]

e) Eine besondere Beurkundungsbefugnis haben nach Landesrecht die Amtsgerichte als Grundbuchämter.

α) Mündlich beim Grundbuchamt angebrachte Eintragungsbewilligungen und sonstige Erklärungen, die sich auf die materiellen Voraussetzungen der Eintragung beziehen, sind vom Richter durch Aufnahme zu Protokoll zu beurkunden (§ 25 A.G. z. G.B.O.). S. auch § 64 IV 2.

β) Die Grundbuchämter sind befugt, Schuldurkunden, in denen zugleich die Eintragung einer Hypothek für die verbriefte Forderung bewilligt wird, ferner gewisse Abtretungserklärungen und Quittungen aufzunehmen (§ 10 Hamb. F.G.G.). S. auch § 64 IV 2 b β.

2. die Vormundschaftsbehörde.

a) Die Vormundschaftsbehörde ist nach Landesrecht zuständig für die Aufnahme der öffentlichen Urkunden über die Anerkennung der Vaterschaft (§ 11 Ges. betr. die Vormundschaftsbeh.). S. unter 1 a.

b) Die Vormundschaftsbehörde ist auch zuständig für die Beurkundung der unter 1 b erwähnten Vereinbarungen (§ 13 Hamb. F.G.G.).

3. Der Standesbeamte ist ebenfalls zuständig für die Aufnahme der öffentlichen Urkunden über die Anerkennung der Vaterschaft, und zwar sowohl wenn die Anerkennung bei der Geburt des Kindes oder der Eheschließung seiner Eltern, als auch wenn

11) Diese Ausnahme ist gemacht worden, weil der Adoptionsvertrag und der Aufnahmevertrag doch der gerichtlichen Bestätigung bedürfen und es deshalb zweckmäßig erschien, auch diese Urkunden vom Gericht aufnehmen zu lassen.

12) Hierunter fallen z. B. der Verzicht eines anteilberechtigten Abkömmlings auf seinen Anteil am Gesamtgute (§ 1491 B.G.B.), der Verzicht auf die elterliche Nutznießung (§ 1662 B.G.B.), die Ausschlagung der Erbschaft (§ 1945 B.G.B.), ferner Vollmachten, Eintragungs- und Löschungsbewilligungen, Abtretungserklärungen, Quittungen usw., welche in einem beim Amtsgericht anhängigen Verfahren abgegeben werden.

sie bei anderer Gelegenheit erfolgt (§ 12 Hamb. F.G.G.).[13] S. auch § 137 II 2.

4. Jede öffentliche Behörde ist zuständig, durch einen von ihrem Vorstande oder von der vorgesetzten Behörde bestimmten Beamten einen Vertrag beurkunden zu lassen, in dem sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem im Hamburgischen Staatsgebiete liegenden Grundstücke zu übertragen und an welchem sie als vertragschließende Partei beteiligt ist[14] (§ 11 Hamb. F.G.G.). S. auch § 70 II.

IV. Die Notare sind, abgesehen von der Beurkundung von Rechtsgeschäften und der im folgenden Paragraphen zu erörternden öffentlichen Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen, noch für eine Reihe anderer Rechtshandlungen, welche mit einer Beurkundungstätigkeit verbunden sind, wenn sie sich auch in dieser nicht erschöpfen, zuständig (§ 6 Ges. v. 29. Dez. 1899 betr. das Notariat).

Es sind dies:

1. die Beurkundung von Erklärungen und Vorgängen nicht rechtsgeschäftlichen Inhalts.

2. die Aufnahme von Vermögensverzeichnissen. Diese Zuständigkeit ist eine allgemeine und beschränkt sich nicht auf diejenigen Fälle, in denen das Reichsrecht die Errichtung eines Vermögensverzeichnisses durch einen Notar vorschreibt.[15]

Für die Aufnahme von Vermögensverzeichnissen sind ebenfalls die Gerichtsvollzieher zuständig.[16]

3. die Vornahme und Beurkundung von öffentlichen Versteigerungen, Vermietungen oder Verpachtungen, von Auslosungen, Zustellungen,[17] Anzeigen und Protestationen.

13) Soweit der Standesbeamte für die Beurkundung anläßlich der Geburt oder der Heirat zuständig ist, beruht die Zuständigkeit auf § 167 Abs. 2 F.G.G. Die Erweiterung der Zuständigkeit ist durch § 191 F.G.G. begründet.

14) Die Behörde braucht nicht notwendig eine Hamburgische zu sein, sie kann auch eine auswärtige sein, wenn nur das Grundstück im Hamburgischen Staatsgebiet belegen ist. Der Vorbehalt beruht auf Art. 142 E.G. z. B.G.B., doch hat Hamburg nur von einem Teil desselben Gebrauch gemacht. In bezug auf die nach § 873 Abs. 2 B.G.B. erforderliche Beurkundung ist eine Ausnahme nicht gemacht worden.

15) Vgl. §§ 1035, 1372, 1528, 1640, 1667, 1692, 1760, 1802, 2002, 2003, 2121, 2215, 2314 B.G.B. Außerdem vgl. §§ 106, 123 K.O.

16) Vgl. § 4 Ges. v. 29. Dez. 1899 betr. das Gerichtsvollzieherwesen, §§ 47, 76, 78 A.G. z. B.G.B., 103 Instr. für das Gerichtsvollzieherwesen.

17) S. aber oben I 1 c.

Auch hier konkurrieren die Gerichtsvollzieher und die beeidigten Auktionatoren in bezug auf die öffentliche Versteigerung beweglicher Sachen mit den Notaren.

Bei den Verkäufen üben die Notare teils eine verwaltende, teils eine beurkundende Tätigkeit aus. Da es sich bei letzterer um die Beurkundung von Rechtsgeschäften handelt, so finden auf sie auch die hierauf bezüglichen Vorschriften Anwendung. S. § 32 I.

Zu den Protestationen gehören auch die Wechselproteste, für welche in Ritzebüttel und Bergedorf ebenfalls die Gerichtsvollzieher neben den Notaren zuständig sind.[18]

4. die Ausstellung von Lebensbescheinigungen, wie sie namentlich für die Abhebung gewisser Bezüge vorgeschrieben sind, und von sonstigen Zeugnissen, z. B. über geltendes Recht.[19]

5. die Protokollführung in Versammlungen von Vereinen,[20] Gesellschaften, Genossenschaften und in Sitzungen der Vorstände, Aufsichtsräte, Verwaltungsräte oder sonstigen Organe derselben, sowie in Versammlungen von Stiftungsinteressenten und Stiftungsorganen.

6. die Ausfertigung von Urkunden, die Beglaubigung von Abschriften und die Ausfertigung oder die Beglaubigung von Auszügen aus einer Urkunde. S. § 32 I 7 und III.

7. die Erteilung der Vollstreckungsklausel aus Urkunden, welche der Notar verwahrt (§ 797 Abs. 2 Z.P.O.).

8. die Abnahme von eidesstaatlichen Versicherungen zum Zweck der Beschaffung eines Erbscheins (§ 2356 Abs. 2 B.G.B.), sowie die Abnahme von Eiden oder eidesstattlicher Versicherungen zur Wahrnehmung von Rechten im Auslande (§ 33 Hamb. F.G.G.).

In beiden Fällen sind neben den Notaren auch die Amtsgerichte zuständig.

---

18) Vgl. § 4 Ges. v. 29. Dez. 1899 betr. das Gerichtsvollzieherwesen.

19) Mit Unrecht will Bitter (Ausführungsges. S. 324) den Notaren die Befugnis bestreiten, Zeugnisse über geltendes Recht auszustellen, da dies eine in den Geschäftskreis der Rechtsanwälte fallende Tätigkeit sei. Letzteres trifft nicht zu. Ebensogut kann man sagen, dies sei eine richterliche Tätigkeit, da nach § 32 Hamb. F.G.G. die amtliche Erteilung von Zeugnissen über das im Hamburgischen Staate jetzt oder früher geltende Recht durch das Oberlandesgericht geschieht. Die Bürgerschaft hat ein Verbot für die Notare, Rechtsauskünfte zu erteilen, ausdrücklich gestrichen (s. Wulff III S. 324 Anm. 4).

20) Vgl. §§ 259 Abs. 1, 320 Abs. 3 H.G.B.



In andern Fällen sind die Notare für die Abnahme eidesstattlicher Versicherungen nicht zuständig.[21]

9. die Bildung von Teilhypothekenbriefen (§ 61 G.B.O.).[22]

§ 31. Die Zuständigkeit zur öffentlichen Beglaubigung.

I. Das Gesetz unterscheidet zwischen öffentlicher Beurkundung und öffentlicher Beglaubigung in dem Sinne, daß bei der Beurkundung von dem betreffenden Beamten beurkundet werden muß, daß die Erklärung von der Person abgegeben ist, während für die öffentliche Beglaubigung nur erforderlich ist, daß die Erklärung schriftlich abgefaßt und die Unterschrift des Erklärenden öffentlich beglaubigt wird. Wird die Erklärung mittels Handzeichens unterzeichnet, so ist die Beglaubigung des Handzeichens erforderlich und genügend (§ 129 B.G.B.).

Die öffentliche Beglaubigung wird im Reichsrecht[1] wie im Landesrecht[2] in zahlreichen Fällen gefordert.

Für die öffentliche Beglaubigung einer Unterschrift oder eines Handzeichens sind nach dem Reichsrecht die Notare und die Amtsgerichte zuständig.[3] Doch können durch Landesgesetz einerseits auch andere Behörden oder Beamte für die öffentliche Beglaubigung einer Unterschrift, nicht aber eines Handzeichens, zuständig erklärt werden, andererseits die Amtsgerichte von der Befugnis zur Beglaubigung einer Unterschrift oder eines Handzeichens ganz ausgeschlossen werden (§ 191 F.G.G.).

Hamburg hat von diesem Vorbehalt nach beiden Richtungen Gebrauch gemacht.

II. Grundsätzlich ist die Zuständigkeit der Amtsgerichte zur öffentlichen Beglaubigung von Unterschriften und

---

21) Vgl. Amtsger.Zusammenstellung 1902 S. 62.

22) Öffentlichrechtlichen Charakter hat die Vorschrift, daß die Notare keine sonstigen Amts- und Berufsgeschäfte treiben, keine in den Geschäftskreis der Rechtsanwälte oder der Makler fallende, insbesondere keine beratende Tätigkeit ausüben, auch keine Vermittelungen im Grundstücks- und Hypothekenverkehr vornehmen dürfen, daß sie ferner keine Gewährleistung für die von ihnen beurkundeten Geschäfte übernehmen sollen. Nichtig im Sinne des Privatrechts sind Geschäfte, welche dem zuwiderlaufen, nicht.

1) Z.B. in den §§ 77, 371, 403, 411, 1035, 1154, 1155, 1342, 1372, 1484, 1491, 1492, 1528, 1560, 1577, 1597, 1662, 1706, 1945, 2121 Abs. 1, 2198 Abs. 1, 2215 B.G.B.; § 29 G.B.O..

2) Vgl. § 29 I 3.

3) Vgl. § 167 F.G.G., §§ 129, 126 B.G.B.

Handzeichen ausgeschlossen worden, so daß nur die Notare hierfür zuständig sind (§ 15 Hamb. F.G.G.).

In gewissen Fällen sind neben den Notaren auch andere Behörden und Beamte zur Beglaubigung von Unterschriften für zuständig erklärt worden.[4]

1. Die Amtsgerichte sind

a) allgemein befugt, die öffentliche Beglaubigung von Erklärungen, die ihnen gegenüber abzugeben sind oder in einem bei ihnen anhängigen Verfahren abgegeben werden, durch eigene Beurkundung zu ersetzen. S. § 30 III 1 d.

b) Sie sind ferner als Grundbuchämter befugt, gewisse Beglaubigungen vorzunehmen.

α) Sie können die unter § 30 III 1 e β aufgeführten Schuldurkunden, Abtretungserklärungen und Quittungen nicht nur beurkunden, sondern auch beglaubigen (§ 10 Hamb. F.G.G.).

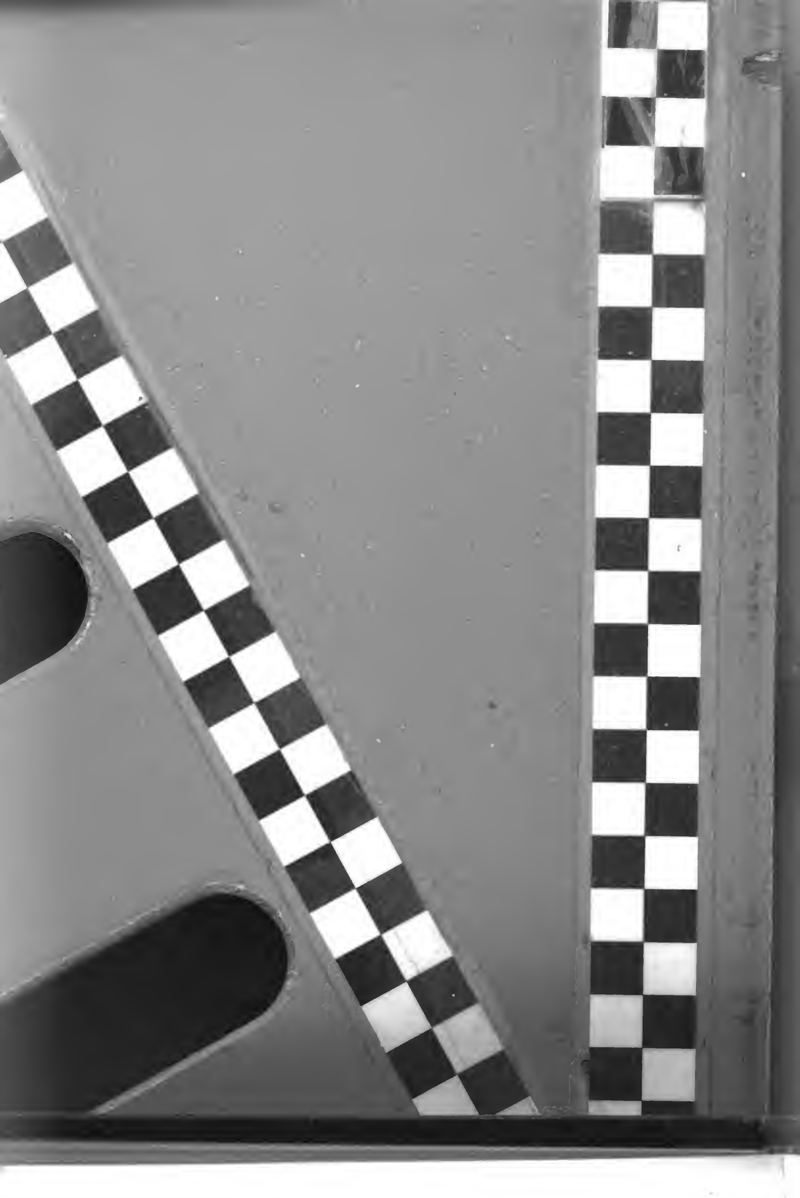
β) Die öffentliche Beglaubigung der in § 29 Satz 1 G.B.O. erwähnten mündlich angebrachten Erklärungen wird auch durch Aufnahme zu gerichtlichem Protokoll ersetzt (§ 25 A.G. z. G.B.O.). S. auch § 30 III 1 e α.

γ) Wird eine der vorstehend erwähnten Erklärungen schriftlich beim Grundbuchamt eingereicht, so hat das letztere auf Antrag die Unterschrift oder das Handzeichen des Erklärenden zu beglaubigen[5] (§ 27 A.G. z. G.B.O.).

2. Die Gerichtsschreiber sind befugt, Anmeldungen zum Vereinsregister zu beglaubigen, und zwar ohne Rücksicht

4) Abgesehen von den im folgenden aufgezählten Zuständigkeiten erwähnen § 67 A.G. z. B.G.B. und § 10 Ges. v. 14. April 1902 betr. das Hamb. Schuldbuch noch die Beglaubigung durch einen Konsul des Deutschen Reichs. Diese Zuständigkeit beruht auf § 16 Reichsges. v. 8. Nov. 1867 betr. die Organisation der Bundeskonsulate usw. (R.G.B. 1867 S. 137).

5) Vgl. hierzu § 64 IV 2 b β. Diese Beglaubigungen von Unterschriften und von Urkunden im Falle α) sind keine eigentlichen Grundbuchsachen, gehören aber zu den vom Grundbuchamt zu erledigenden Sachen. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Geschäftsplan für das Amtsgericht Hamburg, sondern unmittelbar aus dem Wortlaut der §§ 10 Hamb. F.G.G. und 25, 27 A.G. z. G.B.O. — Melchior (Ausführungsges. S. 90) legt besonderen Nachdruck darauf, daß im Gegensatz zum Falle α hier die Urkunden zur Beglaubigung der Unterschrift bei dem Grundbuchamt „eingereicht" sein müssen, um die Zuständigkeit des letzteren hierfür zu begründen. Er verlangt ein gewisses Verweilen der Urkunde beim Grundbuchamt, keine bloße Vorlegung zum Zweck der Beglaubigung. Letzterem dürfte zuzustimmen sein, doch wird es für die Wirksamkeit der Beglaubigung genügen, daß die Urkunde überhaupt zum Zwecke einer Eintragung im Sinne des § 29 G.B.O. gebraucht wird.



darauf, ob sie im einzelnen Fall Gerichtsschreiber des zuständigen Registergerichts sind (§ 4 A.G. z. B.G.B.). S. hierüber S. 95.

3. Die Vormundschaftsbehörde ist befugt, Unterschriften, nicht aber Handzeichen zu beglaubigen. Sie soll von dieser Befugnis nur Gebrauch machen bei Erklärungen, welche mit den vor ihr verhandelten Vormundschaftssachen im Zusammenhange stehen (§ 11 Ges. betr. die Vormundschaftsbeh.).

Letztere Vorschrift hat nur instruktionelle Bedeutung. Die Beglaubigung ist gültig, auch wenn sie unter Übertretung dieser Vorschrift erfolgt.

4. Dem Senat ist das Recht verliehen worden, einzelnen Behörden oder Staats- oder Gemeindebeamten die jederzeit widerrufliche Befugnis zu erteilen, für einzelne Angelegenheiten oder einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten Unterschriften öffentlich zu beglaubigen (§ 16 Hamb. F.G.G.). Diese Befugnis erstreckt sich nicht auf die Beglaubigung von Handzeichen.[6]

Die Verleihung der Befugnis und deren Zurücknahme sind öffentlich bekannt zu machen.

Die Verleihung ist bisher erfolgt:

a) zugunsten der Vorsitzenden von Landgemeinden.[7] Die Gemeindevorsitzenden erhalten die Befugnis, Unterschriften öffentlich zu beglaubigen. Sie sollen jedoch von der Befugnis nur innerhalb des Gebietes ihrer Gemeinde und nur für die Unterschriften ihrer Gemeindeansässigen Gebrauch machen. Die Gültigkeit der Beglaubigung wird durch die Innehaltung dieser instruktionellen Vorschrift nicht berührt.

b) zugunsten des Vorstandes der Senatskanzlei.[8] Derselbe ist für befugt erklärt worden, Unterschriften der Vorstände der Verwaltungsbehörden und der von den Vorständen als zuständig be-

6) Die den Bücherrevisoren durch § 4 der Bek. v. 14. Mai 1888 (Wulff I S. 370) erteilte Befugnis, ihre Bescheinigungen mit einem Dienstsiegel zu beglaubigen, enthält keine Befugnis zu einer öffentlichen Beglaubigung im Sinne der Reichsgesetzgebung.

7) Dies ist geschehen durch Bek. des Senats v. 20. Febr. 1901 (Ges.Samml. 1901 I S. 45), 26. Nov. 1902 (Ges.Samml. 1902 I S. 201), 22. April 1904 (Ges.Samml. 1904 I S. 250), 31. Aug. 1904 (Ges.Samml. 1904 I S. 318), 12. April 1905 (Ges.Samml. 1905 I S. 18), 19. Juli 1905 (Ges.Samml. 1905 I S. 75), 31. Jan. 1906 (Ges.Samml. 1906 I S. 4) zugunsten der Gemeindevorsitzenden von Neuen- und Altengamme, Kirchwärder, Curslack, Ost-Krauel, Geesthacht und Finkenwärder, und zwar für ihre jedesmalige Person. Nach dem Ausscheiden eines Vorsitzenden ist regelmäßig seinem Nachfolger die Befugnis von neuem erteilt worden.

8) Durch Bek. des Senats v. 26. Juni 1905 (Ges.Samml. 1905 I S. 46).

zeichneten Verwaltungsbeamten in denjenigen Angelegenheiten öffentlich zu beglaubigen, in welchen durch Gesetz für die unterschriebene Erklärung öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben ist.

Diese Befugnis ist eine allgemeine und nur dadurch beschränkt, daß die Unterzeichner als Vorstand einer Verwaltungsbehörde oder als Mitglied einer solchen Behörde innerhalb ihrer dienstlichen Zuständigkeit die zu beglaubigende Erklärung unterzeichnet haben müssen. Auf die Beglaubigung von Unterschriften in privaten Angelegenheiten der Beamten erstreckt sich die Befugnis nicht.

§ 32. Die Form der öffentlichen Beurkundung und Beglaubigung

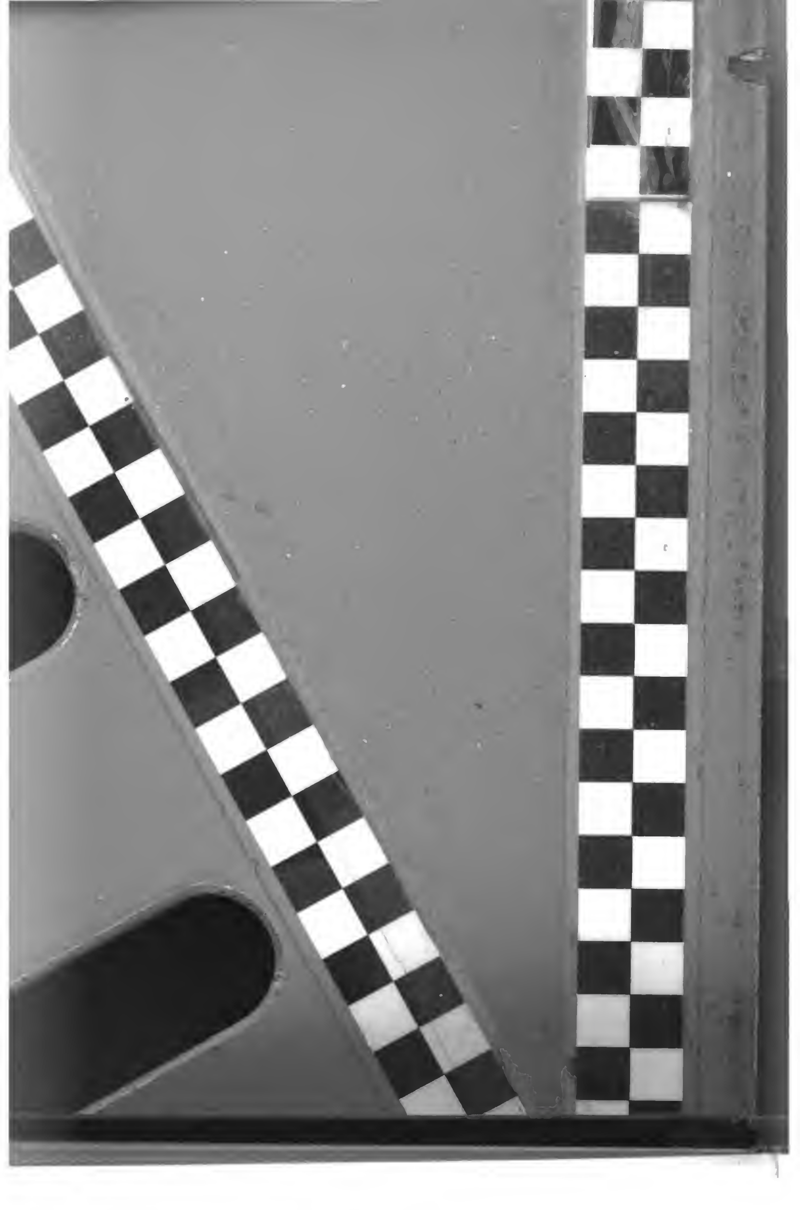
Die Formen der öffentlichen Beurkundung von Rechtsgeschäften und der Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen sind im wesentlichen durch das Reichsrecht geregelt. Das B.G.B. selbst ordnet freilich nur die Form der Testamente und Erbverträge (§§ 2232—2246, 2276), indessen enthält das F.G.G. im 10. Abschnitt (§§ 167—184) eingehende Vorschriften über die gerichtliche und notarielle Beurkundung und Beglaubigung.

Über die Form sonstiger Beurkundungen und Beglaubigungen, wie sie namentlich den Notaren und Gerichtsvollziehern zustehen (vgl. § 30 IV), enthält das Reichsrecht keine Vorschriften.

Eine Ergänzung der bestehenden reichsrechtlichen Vorschriften durch das Landesrecht ist nicht ausgeschlossen, jedoch ist nach § 200 F.G.G. ein Verstoß gegen solche landesrechtliche Normen über die Beurkundung ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Beurkundung, abgesehen von den Vorschriften über die Folgen des Mangels der sachlichen Zuständigkeit. Ebensowenig wie die Außerachtlassung der landesrechtlichen Vorschriften auf die Gültigkeit der Urkunde Einfluß hat, berührt sie die Wirksamkeit der Beglaubigung einer Unterschrift oder eines Handzeichens.

Soweit das Reichsrecht die Form der Beurkundung und Beglaubigung überhaupt nicht geregelt hat, ist das Landesrecht hierin ganz frei.

Hamburg hat über die Beurkundung wie über die Beglaubigung Vorschriften getroffen, welche sowohl das gegebene Reichsrecht ergänzen, als auch die vom Reichsrecht absichtlich gelassene Lücke ausfüllen, und welche hinsichtlich der von den Gerichten und den Verwaltungsbehörden vorzunehmenden Beurkundungen und Beglaubigungen im Hamb. F.G.G. (§§ 17—27), hinsichtlich der notariellen Beurkundungen und Beglaubi-



gungen im Gesetz vom 29. Dez. 1899 betr. das Notariat (§§ 24—42) enthalten sind.[1]

Ganz allgemeiner Natur sind gewisse Vorschriften über die äußere Form der Notariatsurkunden (§§ 41—43 Notariatsges.).[2]

I. Die öffentliche Beurkundung von Rechtsgeschäften erfolgt, auch soweit die Zuständigkeit zur Beurkundung auf dem Landesrecht beruht, nach den Vorschriften der §§ 168—182 F.G.G.,[3] falls nicht Ausnahmen gemacht sind.

Ergänzende Vorschriften trifft das Landesrecht nach folgenden Richtungen, und zwar gelten diese, soweit nichts Abweichendes bemerkt ist, für jede amtliche Urkundsperson, den Richter, Notar, die Vormundschaftsbehörde und sonstige zur Beurkundung befugte Behörden und Beamte. Auch auf die Beurkundung durch das Grundbuchamt finden diese Vorschriften Anwendung.[4]

1. In betreff der Gültigkeit eines zu beurkundenden Rechtsgeschäfts bestehen für die Urkundsperson folgende Vorschriften:[5]

a) Verstößt der Inhalt eines Geschäfts gegen ein Strafgesetz, oder ist das Geschäft offenbar ungültig,[6] so soll die Beurkundung abgelehnt werden.

b) Bei bestehenden Zweifeln bez. der Gültigkeit des Geschäfts darf die Beurkundung nicht abgelehnt werden, doch sollen die Zweifel den Beteiligten mitgeteilt und dies, sowie die Erklärungen der Parteien hierauf im Protokoll festgestellt werden. Diese Mitteilung, nicht aber die Protokollierung der Zweifel, hat zu unterbleiben, wenn sich die Zweifel darauf beziehen, ob ein Beteiligter die zu dem Rechtsgeschäft erforderliche Geschäftsfähigkeit oder Einsicht besitzt.

1) Ursprünglich waren diese Vorschriften im Gesetzentwurf betr. das Notariat enthalten, und sollten die Vorschriften über die Notariatsurkunden und -beglaubigungen einfach auf die übrigen Beurkundungen und Beglaubigungen für anwendbar erklärt werden. Auf Anregung der Bürgerschaft sind die letzteren im F.G.G. besonders geregelt, und zwar in einer mit dem Notariatsgesetz fast wörtlich übereinstimmenden Weise.

2) Danach sollen alle Notariatsurkunden deutlich, ohne Abkürzungen und Lücken geschrieben werden und soll nichts zwischen die Zeilen eingeschaltet, nichts überschrieben, ausgeschabt oder unlesbar gemacht werden. Der Tag der Errichtung und wichtige Zahlenangaben sollen in Buchstaben geschrieben werden, bei Wiederholungen nur einmal. Zusätze usw. sollen am Rande, falls dies untunlich ist, am Schlusse der Urkunde vermerkt und unterzeichnet werden. Über die aufgenommenen Urkunden ist ein Register zu führen.

3) Vgl. §§ 24, 25 Hamb. F.G.G.

4) Dies ergibt sich aus § 25 A.G. z. G.B.O. und aus den §§ 1, 10 Hamb. F.G.G.

5) Vgl. §§ 17, 24, 25 Hamb. F.G.G., 24 Notariatsges.

6) Vgl. über die unzulässigen Rechtsgeschäfte § 28.

2. Nach dem Reichsrecht (§ 177 F.G.G.) soll das Protokoll den Beteiligten nicht nur vorgelesen, sondern auf Verlangen auch zur Durchsicht vorgelegt werden. Hierzu ist für das Hamburgische Recht die Vorschrift getroffen worden, daß wenn ein Beteiligter taub ist, ihm das Protokoll auch ohne besonderes Verlangen zur Durchsicht vorzulegen und hierüber eine Feststellung im Protokoll zu treffen ist.[7] Keine Vorschrift besteht darüber, was zu gelten hat, wenn der Taube Geschriebenes nicht zu lesen vermag. Die Urkundsperson wird dann auf irgend eine Weise eine Verständigung herbeizuführen versuchen müssen.[8]

3. Sind für die Beurkundung Vollmachtsurkunden vorgelegt worden, so sind dieselben oder beglaubigte Abschriften dem Protokolle beizufügen, soweit die Urkundsperson dieses für erforderlich erachtet.[9]

4. Bei der Vormundschaftsbehörde erfolgt die Beurkundung durch einen Vorsitzenden oder einen Sekretär, wobei als Gerichtsschreiber ein Sekretär der Behörde fungiert (§ 24 Hamb. F.G.G.).

5. Soll eine Urkunde über ein Rechtsgeschäft ausschließlich für eine im Auslande zu errichtende Angelegenheit errichtet werden, so darf der Notar, nicht aber eine andere Urkundsperson, auf Wunsch der Beteiligten das Protokoll in einer fremden Sprache aufnehmen, falls er dieser mächtig ist (§ 27 Notariatsges.).

Für das Inland hat eine solche Urkunde nicht die Bedeutung einer notariellen Urkunde, da sie mit § 175 F.G.G. in Widerspruch steht, welcher die Aufnahme des Protokolls in deutscher Sprache fordert. Inwieweit das ausländische Recht eine solche Urkunde als öffentliche anerkennt, muß diesem überlassen bleiben.[10]

6. Die Urschrift des Protokolls über die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts bleibt regelmäßig in der Verwahrung derjenigen

---

7) Vgl. §§ 18, 24, 25 Hamb. F.G.G., 25 Notariatsges.

8) Abgelehnt darf die Beurkundung in solchem Falle jedenfalls nicht werden. Das Interesse des Tauben muß dann eben durch die Beobachtung der Vorschrift des § 169 F.G.G. genügend gewahrt gelten.

9) Vgl. §§ 18, 24, 25 Hamb. F.G.G., 26 Notariatsges.

10) Bitter (Hamb. Ausführungsges. S. 335) scheint anzunehmen, daß, wenn der Notar im Protokoll einen Vermerk über die Verwendung der Urkunde für ausländische Zwecke macht, damit eine gültige notarielle Urkunde auch für das Gebiet des Reichs zustande käme. Das ist aber niemals der Fall und kann auch durch einen derartigen Vermerk nicht herbeigeführt werden. Dieser Vermerk ist deshalb ohne rechtliche Bedeutung.



Behörde oder desjenigen Beamten, welche die Urkunde aufgenommen haben.[11] Eine Aushändigung der Urschrift darf nicht erfolgen.

Ausnahmen bestehen nach folgenden Richtungen:

a) Testamente und auf Verlangen der Parteien auch Erbverträge sind von dem Notar, der sie errichtet hat, in Urschrift in die amtliche Verwahrung des Amtsgerichts zu bringen, in dessen Bezirk sie errichtet worden sind.[12]

b) Wird glaubhaft gemacht, daß die Urkunde im Auslande gebraucht werden soll, so dürfen die Gerichte, die Vormundschaftsbehörde und die Notare auf Antrag die Urschrift aushändigen.[13]

Bevor die Urschrift ausgehändigt wird, soll eine Ausfertigung hergestellt werden, welche nach der Aushändigung die Stelle der Urschrift vertritt und auf welcher vermerkt worden ist, wem und an welchem Tage die Urschrift ausgehändigt worden ist.

7. An die Stelle der Urschrift treten im Verkehr die Ausfertigungen, d. h. amtliche Zeugnisse über den Inhalt der Urkunde. Über die Ausfertigungen von Urkunden betr. ein Rechtsgeschäft enthält das Reichsrecht nur die Bestimmungen, daß sie von dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben, mit dem Gerichtssiegel zu versehen sind und daß die Protokolle auf Antrag auch auszugsweise ausgefertigt werden können (§ 182 F.G.G.).

Abschriften, die auf Verlangen zu beglaubigen sind, sind zu erteilen, soweit ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht wird (§ 34 F.G.G.).

Das Landesrecht ergänzt diese Vorschriften mehrfach.

a) Zunächst bestimmt es, wer überhaupt befugt ist, Ausfertigungen oder einfache oder beglaubigte Abschriften zu verlangen.[14] Dies sind:

α) diejenigen, welche in der Urkunde oder in einer besonderen, der Urkundsperson gegenüber abgegebenen Erklärung als solche bezeichnet worden sind. In der Urkunde oder der Erklärung kann auch rechtswirksam angeordnet werden, daß gewisse Personen Ausfertigungen nicht erhalten sollen.

11) Vgl. §§ 19 Abs. 1, 24, 25 Hamb. F.G.G., 28 Abs. 1 Notariatsges.

12) Vgl. §§ 28 Abs. 1 Notariatsges., 2246 B.G.B., 28 Hamb. F.G.G.

13) Vgl. §§ 19 Abs. 3, 24 Hamb. F.G.G., 28 Abs. 2 Notariatsges. Die sonstigen Behörden, welche die Beurkundungsbefugnis besitzen, haben dieses Recht nicht.

14) Vgl. §§ 23, 24, 25 Hamb. F.G.G., 31, 32 Notariatsges.

β) diejenigen, welche das Rechtsgeschäft im eigenen Namen vorgenommen haben[15] oder in deren Namen das beurkundete Rechtsgeschäft von Anderen vorgenommen ist, und ihre Rechtsnachfolger.

γ) Abschriften notarieller Urkunden können auch diejenigen verlangen, in deren Interesse die Urkunde errichtet worden ist, und ihre Rechtsnachfolger. An sich geht diese Vorschrift nicht so weit wie die des § 34 F.G.G., doch erfordert sie keine Glaubhaftmachung des Interesses.

b) Die Ausfertigung kann nur von derjenigen Behörde oder demjenigen Notar erteilt werden, welche die Urschrift in Verwahrung haben.[16]

Hat der Notar, in dessen Verwahrung sich die Urschrift befindet, dieselbe nicht selbst aufgenommen, z. B. weil er an der Ausübung seines Amtes zeitweilig verhindert war, oder weil die Urschrift von einem verstorbenen oder sonst ausgeschiedenen Notar herrührt, so soll dieser Grund in der Ausfertigung angegeben werden.

c) Die Ausfertigung und Abschrift einer gerichtlich aufgenommenen Urkunde soll nur auf besondere Anordnung des Richters erteilt werden, welcher bei auszugsweisen Ausfertigungen auch den Umfang des Auszugs und den Inhalt der Ausfertigungsvermerks anordnen soll.[17]

d) Über Form und Inhalt der Ausfertigung ist folgendes bestimmt worden:

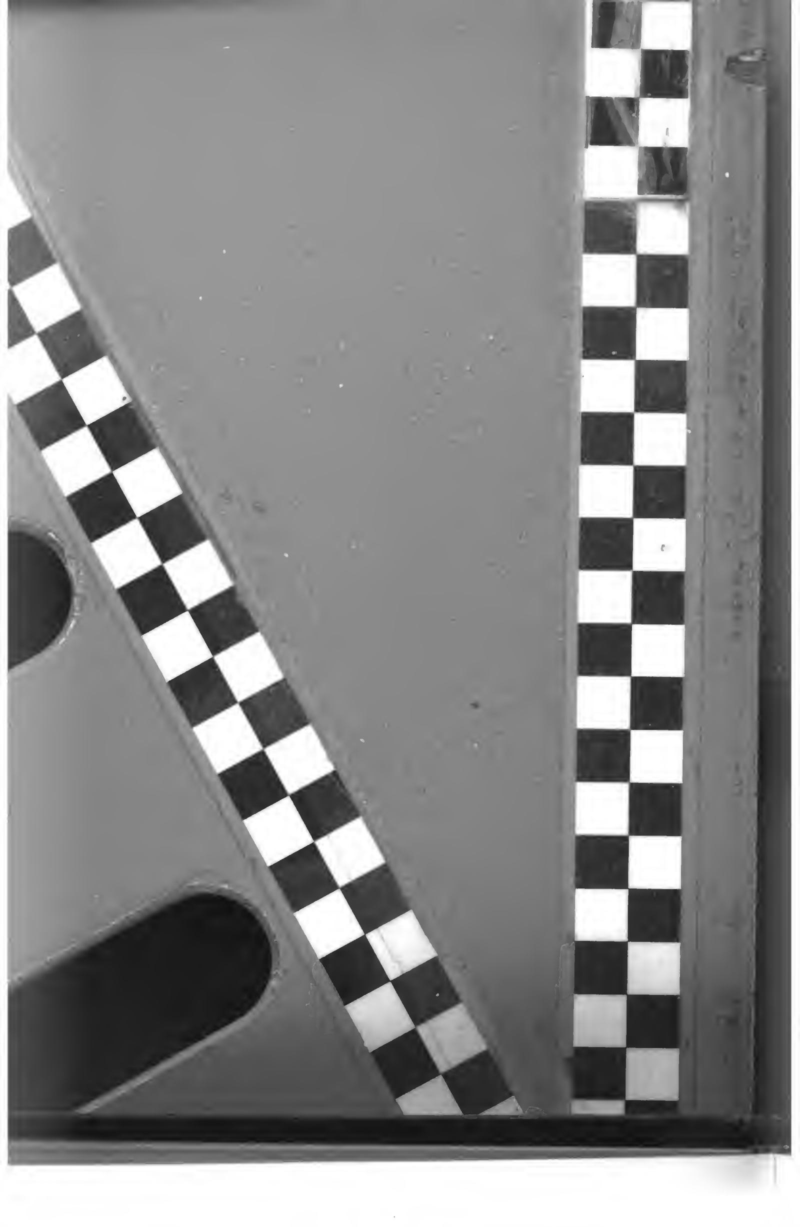
α) Die Ausfertigung selbst ist bei gerichtlichen Urkunden durch den Gerichtsschreiber, bei Urkunden der Vormundschaftsbehörde durch einen

---

15) Mit Recht nimmt Wulff (III S. 229 Anm. 3) an, daß, wer als Vertreter eines Anderen ein Rechtsgeschäft vorgenommen hat, für sich selbst zwar eine Ausfertigung nicht fordern kann, daß er aber im Zweifel zum Antrag auf Erteilung und zur Empfangnahme einer Ausfertigung für den Vertretenen für befugt zu erachten ist. — Soweit einem Schuldner Ausfertigung zu erteilen wäre, kann sie auch unmittelbar von seinem Gläubiger verlangt werden, falls dieser der Urkunde zum Zwecke der Zwangsvollstreckung bedarf (§ 792 Z.P.O.). Auch dem Konkursverwalter, sowie den Gläubigern, denen die Forderung nach § 836 Z.P.O. überwiesen ist, dürfte das Recht zustehen, Ausfertigungen zu fordern (Wulff III S. 229 Anm. 4).

16) Vgl. §§ 19 Abs. 2, 24, 25 Hamb. F.G.G., 29 Notariatsges. Weigert sich der Notar, eine Ausfertigung oder Abschrift zu erteilen, so entscheidet der Präsident des Landgerichts (§ 33 Notariatsges.).

17) Vgl. §§ 20, 22 Hamb. F.G.G. Für die von der Vormundschaftsbehörde oder anderen Behörden aufgenommenen Urkunden ist eine entsprechende Vorschrift nicht getroffen. Der Sekretär der Vormundschaftsbehörde kann mithin eine Ausfertigung auch ohne Anordnung des Vorsitzenden erteilen.



Sekretär derselben, bei Urkunden sonstiger Behörden durch den Beurkundenden oder einen anderweit von der Behörde bestimmten Beamten, bei notariellen Urkunden von dem Notar zu unterschreiben und mit dem Siegel des Gerichts, der Behörde oder des Notars zu versehen.[18]

β) Die Ausfertigung soll den Ort und Tag der Erteilung und die Person angeben, für die sie erteilt wird. Auch soll auf der Urschrift ein bezüglicher Vermerk angebracht werden.[19]

Anlagen des Protokolls sind, soweit sie nicht Teil des Protokolls sind[20] und deshalb in die Ausfertigung selbst mit aufzunehmen sind, der Ausfertigung auf Antrag in beglaubigter Abschrift beizufügen.[19]

γ) In die auszugsweise Ausfertigung sind diejenigen Teile aufzunehmen, welche die Förmlichkeiten nachweisen und die den Gegenstand betreffen, auf den sich der Auszug beziehen soll. In dem Ausfertigungsvermerk ist der Gegenstand anzugeben und zu bezeugen, daß widersprechende oder einschränkende Bestimmungen in dem Protokolle nicht vorhanden sind.[21]

e) Die Gerichte, die Vormundschaftsbehörde und die Notare können die Aushändigung von Ausfertigungen und Abschriften von vorheriger Bezahlung der Gebühren und Auslagen abhängig machen.[22]

f) Für die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen sind die Vorschriften der Z.P.O. maßgebend.[23]

Über die Vollstreckbarkeit der von der Vormundschaftsbehörde aufgenommenen Urkunden s. § 140 IV 5.

8. Die Einsicht der Urschriften steht nach § 34 F.G.G. jedem frei, der ein berechtigtes Interesse daran glaubhaft

---

18) Vgl. §§ 182 F.G.G., 25 Hamb. F.G.G., 29 Notariatsges.

19) Vgl. §§ 21 Abs. 1, 24, 25 Hamb. F.G.G., 29 Notariatsges. Nach § 29 Abs. 2 Gebührenordn. f. Notare hat der Notar unter jeder von ihm erteilten Ausfertigung eine Kostenrechnung aufzustellen.

20) Nach § 176 Abs. 2 F.G.G. bildet die Anlage einen Teil des Protokolls, wenn in letzterem auf die Anlage Bezug genommen ist.

21) Vgl. §§ 22 Abs. 2, 24, 25 Hamb. F.G.G., 30 Notariatsges.

22) Vgl. §§ 4, 1 Hamb. Gerichtskostenges. v. 29. Dez. 1899, 28 Gebührenordn. f. Not. v. 29. Dez. 1899.

23) Vgl. §§ 23, 24, 25 Hamb. F.G.G., 31 Notariatsges. In Betracht kommen namentlich die §§ 724—734, 738, 742, 744, 745 Abs. 2, 749, 768, 794 Nr. 5, 795, 797 Z.P.O. Daß sich aus § 794 Nr. 5 Z.P.O. keine allgemeine Zuständigkeit der Hamburgischen Gerichte zur Aufnahme öffentlicher Urkunden ergibt, bedarf keiner besonderen Ausführung. Diese Vorschrift spricht nur von Urkunden, welche von einem Gericht „innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse" aufgenommen sind.

macht. Das Landesrecht trifft besondere Vorschriften für die Einsicht des Grundbuchs (s. § 67 VII). Ferner gestattet es die Einsicht

a) der von den Gerichten, der Vormundschaftsbehörde und anderen Behörden aufgenommenen Urkunden denjenigen, welche eine Ausfertigung fordern können;[24]

b) der notariellen Urkunden den unter a) Genannten und denjenigen, in deren Interesse die Urkunden errichtet sind.[25]

II. Die öffentliche Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen.

1. Über die öffentliche Beglaubigung von Unterschriften und Handzeichen durch das Gericht oder den Notar trifft § 183 F.G.G. bindende Vorschriften. Diese finden auch Anwendung, wenn die Vormundschaftsbehörde oder andere Behörden, sowie der Gerichtsschreiber innerhalb ihrer Zuständigkeit Unterschriften beglaubigen.[26]

2. Die öffentliche Beglaubigung darf nur erfolgen, wenn die Unterschrift oder das Handzeichen in Gegenwart der zur Beglaubigung befugten Urkundsperson vollzogen oder anerkannt wird. Als solche Person kommt in Betracht der Richter, der Notar, der besonders für befugt erklärte Beamte, der Gerichtsschreiber[27] und bei Beglaubigungen durch die Vormundschaftsbehörde der Vorsitzende oder ein Sekretär.[28]

3. Die Beglaubigung geschieht durch einen unter die Unterschrift oder das Handzeichen zu setzenden Beglaubigungsvermerk.

a) Der Vermerk muß, um wirksam zu sein, die Bezeichnung desjenigen enthalten, welcher die Unterschrift vollzogen oder anerkannt hat, den Ort und Tag der Ausstellung angeben sowie mit Unterschrift und Siegel oder Stempel versehen sein.

b) Instruktionell ist dieser obligatorischen Vorschrift seitens des Landesrechts hinzugefügt worden, daß der Vermerk die Angabe enthalten soll, daß die Vollziehung oder Anerkennung der Unterschrift in Gegenwart des beglaubigenden Beamten erfolgt ist, sowie eine Bemerkung darüber, ob der Beamte den Unterzeichner kennt oder in welcher Weise

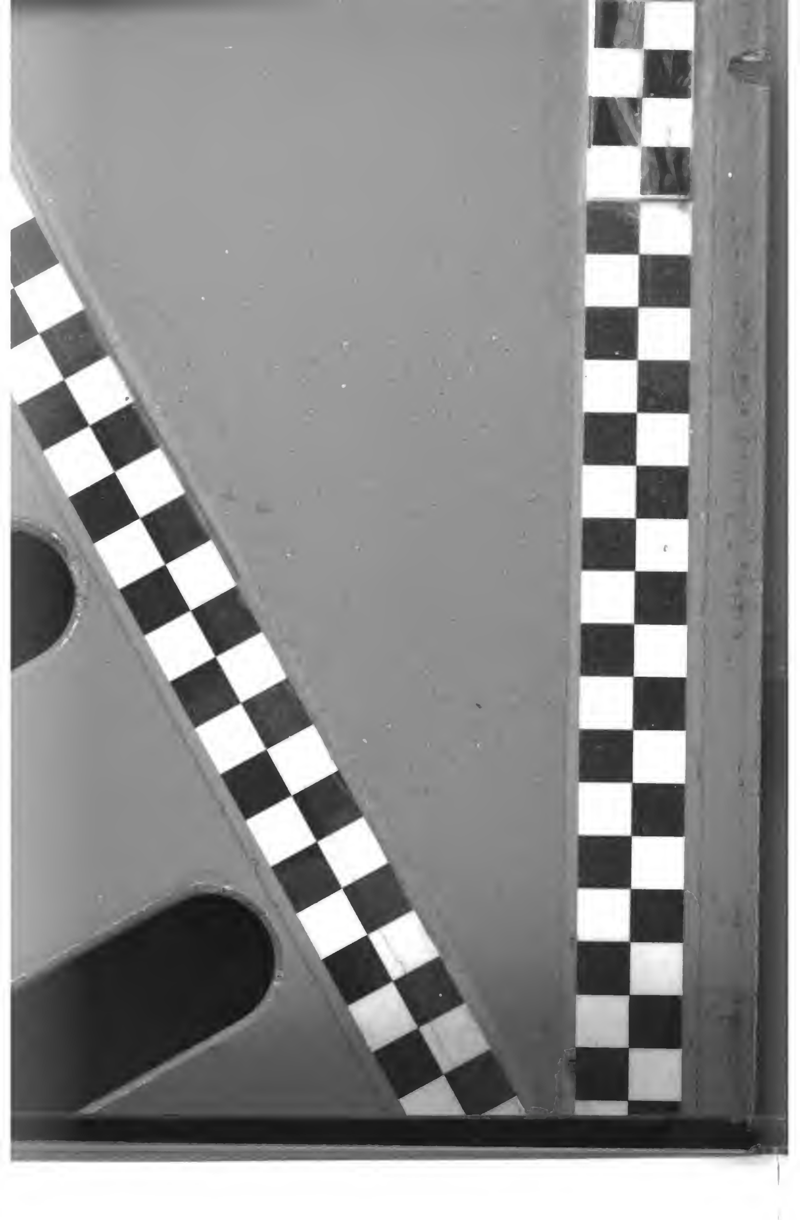
24) Vgl. §§ 23, 24, 25 Hamb. F.G.G.

25) Vgl. § 32 Notariatsges. Im Falle einer Weigerung des Notars, die Einsicht zu gestatten, entscheidet der Präsident des Landgerichts (§ 33 Notariatsges.).

26) Vgl. §§ 26 Hamb. F.G.G., 11 Abs. 3 Vormundschaftsges., § 4 A.G. z. B.G.B.

27) Im Falle des § 4 A.G. z. B.G.B.

28) Vgl. § 11 Abs. 3 Vormundschaftsges.



er sich Gewißheit über dessen Persönlichkeit verschafft hat. Etwaige Zweifel an der Geschäftsfähigkeit des Unterzeichners sollen in dem Vermerk festgestellt werden.[29]

c) Dem Notar ist untersagt, ohne Zustimmung der Beteiligten von dem Inhalt der Urkunde, deren Unterschrift oder Handzeichen er beglaubigt, Kenntnis zu nehmen; hat er keine Kenntnis genommen, so soll er einen entsprechenden Vermerk dem Beglaubigungsvermerk hinzufügen.[30]

III. Sonstige Beurkundungen und Beglaubigungen der Notare.[31]

Das Landesrecht hat die Vornahme solcher Beurkundungen und Beglaubigungen frei vom Reichsrecht geordnet und wesentliche Abweichungen getroffen.

Für unmittelbar anwendbar erklärt auf die sämtlichen Amtshandlungen der Notare hat es lediglich die Vorschriften der §§ 6—9 F.G.G., welche die Ausschließung des Richters, seine Befugnis, sich wegen Befangenheit der Ausübung seines Amtes zu enthalten, die Gerichtssprache und die Dolmetscher betreffen. Zur Beeidigung eines Dolmetschers ist der Notar nicht befugt, vielmehr muß dieselbe durch das zuständige Amtsgericht erfolgen.[32]

Auf Wunsch sämtlicher Beteiligter ist es dem Notar gestattet, Urkunden auch in einer fremden Sprache, wenn er deren mächtig ist, zu errichten.[33]

1. Die Beurkundung erfolgt nach folgenden Vorschriften:

a) Die Aufnahme eines Protokolls, wie es in den §§ 175 ff. F.G.G. für die reichsrechtlich geregelten Beurkundungen vorgeschrieben ist, soll regelmäßig auch bei diesen Beurkundungen erfolgen, doch ist seine Aufnahme für die Gültigkeit der Beurkundung nicht wesent-

29) Vgl. §§ 27 Hamb. F.G.G., 38 Notariatsges. Nach § 29 Geb. f. Not. hat der Notar unter jedem Beglaubigungsvermerk eine Kostenrechnung aufzustellen.

30) Vgl. § 38 Abs. 3 Notariatsges.

31) Über die Form der von den Gerichtsvollziehern vorzunehmenden Beurkundungen trifft § 5 Instr. für das Gerichtsvollzieherwesen v. 29. Dez. 1899 eingehende Vorschriften, auf welche hier verwiesen werden kann. Wesentlich ist, daß sie datiert und vom Gerichtsvollzieher unterzeichnet, deutlich, leserlich, ohne Lücken und Radierungen geschrieben, daß Abschriften als solche bezeichnet und mit einer Kostenrechnung versehen sein müssen.

32) Vgl. § 34 Notariatsges.

33) Vgl. § 27 Abs. 2 Notariatsges.

lich. Das Protokoll muß den in § 176 F.G.G. vorgeschriebenen Inhalt haben, auch von dem Notar unterschrieben werden.

Ob er das Protokoll den Beteiligten behufs Genehmigung vorlesen und von ihnen unterschreiben lassen will, bleibt dem Ermessen des Notars überlassen.[34]

Die Vorschriften, welche (vgl. I 1) über die Gültigkeit eines zu beurkundenden Rechtsgeschäfts gegeben sind, finden hier entsprechende Anwendung.

Von dieser allgemeinen Vorschrift über die Aufnahme eines Protokolls macht das Gesetz zwei Ausnahmen:

α) Wesentlich für die Beurkundung ist die Aufnahme eines Protokolls bei der Abnahme von Eiden und eidesstattlichen Versicherungen.[35]

In diesem Falle muß das Protokoll nach den Vorschriften des Reichsrechts (§§ 176, 177 F.G.G.) und des Landesrechts (§§ 24—26 Notariatsgeſ.) aufgenommen werden. Ein Dolmetscher muß zugezogen werden, falls die Beurkundung in fremder Sprache erfolgt und auch nur ein Beteiligter dies wünscht.

β) Andererseits bedarf es der Aufnahme eines Protokolls überhaupt nicht bei der Ausstellung von Lebensbescheinigungen. Doch müssen diese Urkunden den Ort und Tag der Ausstellung angeben und mit der Unterschrift des Notars und dem Notarssiegel versehen sein.[36]

b) Die Urschriften dieser Urkunden verbleiben ebenso in der Verwahrung des Notars wie die Urkunden über Rechtsgeschäfte.[37]

Ausgeliefert werden darf die Urschrift nur in folgenden Fällen, und zwar muß sie dann mit dem Notariatssiegel versehen sein:

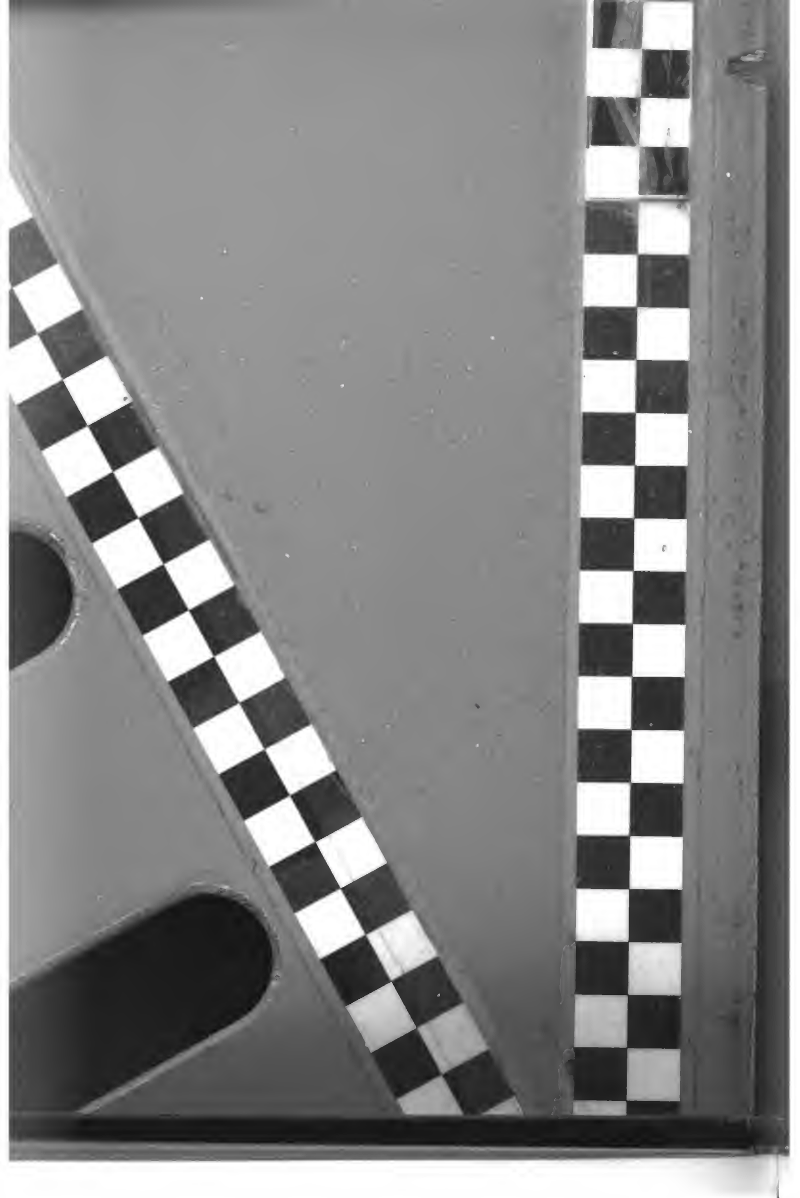
α) wenn sie nicht in der Form eines Protokolls errichtet ist;

β) wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Urkunde im Auslande gebraucht werden soll (s. I 6 b);

γ) wenn die Urkunde ein Wechselprotest ist.

c) Ausfertigungen können, falls nicht in der Urkunde oder durch eine besondere Erklärung gegenüber dem Notar etwas Ab-

34) Vgl. § 35 Notariatsgeſ.; Amtsger.Samml. Bd. 6 S. 181.
35) Vgl. § 36 Notariatsgeſ. Über die Zuständigkeit der Notare hierfür s. § 30 IV 8.
36) Vgl. § 37 Notariatsgeſ.
37) Vgl. § 39 Notariatsgeſ.



weichendes bestimmt ist, diejenigen Personen fordern, auf deren Antrag die Urkunde aufgenommen worden ist, so wie deren Rechtsnachfolger.

Über die Form der Ausfertigungen gilt, was oben unter I 7b und d ausgeführt ist.

d) Wer eine Ausfertigung fordern kann, kann auch eine einfache oder beglaubigte Abschrift fordern und die Urschrift einsehen. Im übrigen kann der Notar jedem, der ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht, eine einfache oder beglaubigte Abschrift geben und die Einsicht der Urschrift gestatten.[38]

2. Die Beglaubigung von Abschriften oder Auszügen aus Urkunden erfordert nicht die Errichtung eines Protokolls, doch muß der Ort und Tag der Ausstellung angegeben sein und die Unterschrift des Notars und das Notarssiegel angebracht werden.[39]

Im übrigen gelten folgende Bestimmungen:

a) Die Beglaubigung einer Abschrift erfolgt durch einen Vermerk unter der Abschrift, welcher die Übereinstimmung mit der Hauptschrift bezeugt und angibt, ob letztere eine Urschrift, einfache oder beglaubigte Abschrift oder eine Ausfertigung ist, sowie welche Durchstreichungen, Änderungen, Einschaltungen, Radierungen oder andere Mängel sich in der vorgelegten Schrift befinden.[40]

b) Soll ein Auszug aus einer Urkunde beglaubigt werden, so sind in denselben außer den Förmlichkeiten diejenigen Teile aufzunehmen, auf welche sich der Auszug beziehen soll.[41]

Vierter Abschnitt.

Die Zeit im Privatrecht.

§ 33. Gesetzliche Feiertage.

1. Wenn an einem bestimmten Tage oder innerhalb einer Frist eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken ist und der bestimmte Tag oder der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag, einen am Erklärungs- oder Leistungsorte staatlich anerkannten allge-

38) Vgl. §§ 39 Notariatsges., 34 F.G.G. Im Falle der Weigerung entscheidet der Präsident des Landgerichts über den Antrag, eine Ausfertigung oder Abschrift zu erteilen, oder die Einsicht der Urschrift zu gestatten (§ 33 Notariatsges.).

39) Vgl. § 37 Notariatsges.

40) Vgl. § 40 Notariatsges. Unter dem Beglaubigungsvermerk ist eine Kostenrechnung aufzustellen (§ 29 Abs. 2 Gebührenordn. f. Not.).

41) Vgl. §§ 40, 30 Abs. 2 Notariatsges.

meinen Feiertag fällt, so tritt an die Stelle des Sonntags oder des Feiertages der nächstfolgende Werktag (§ 193 B.G.B.).

Hinsichtlich der Feiertage verweist das Reichsrecht hiermit auf das Landesrecht. Für dieses sind als staatlich anerkannte Feiertage festgesetzt worden (§ 22 A.G. z. B.G.B.): der Neujahrstag, der Karfreitag, der Ostermontag, der Himmelfahrtstag, der Pfingstmontag, der Bußtag, der erste und der zweite Weihnachtstag.[1]

Diese Vorschrift gilt für das gesamte bürgerliche Reichs-[2] und Landesrecht[3] und für das gerichtliche Verfahren.[4]

II. Eine besondere Bedeutung hat das Pfingstfest für das Gesinderecht. Fällt bei einer Mietung auf die sog. rechte Zeit der zweite Sonntag nach dem 1. Mai mit dem Pfingstsonntag zusammen, so beginnt oder endigt das Dienstverhältnis erst am darauf folgenden Sonntag (§ 5 Dienstbotenordn.). S. § 44.

§ 34. Die Ausschlußfristen.

Im neueren Recht hat sich der Unterschied zwischen der Ausschluß- oder Präklusivfrist und der Verjährung immer schärfer ausgeprägt. In beiden Fällen tritt der Untergang eines Rechts durch Zeitablauf ohne Ausübung des Rechtes ein.

Aber das gesetzlich befristete Recht ist von vornherein zeitlich beschränkt; ist es während der Frist nicht geltend gemacht worden, so erlischt es regelmäßig von selbst und kann nicht durch eine Vereinbarung der Parteien am Leben erhalten werden. Die Folge davon ist, daß die Ausschlußfrist vom Gerichte auch dann zu berücksichtigen ist, wenn sie sich aus der Darlegung des Sachverhalts durch die Parteien ergibt, ohne daß die beklagte Partei die Einrede des Erlöschens des Rechts geltend zu machen braucht.

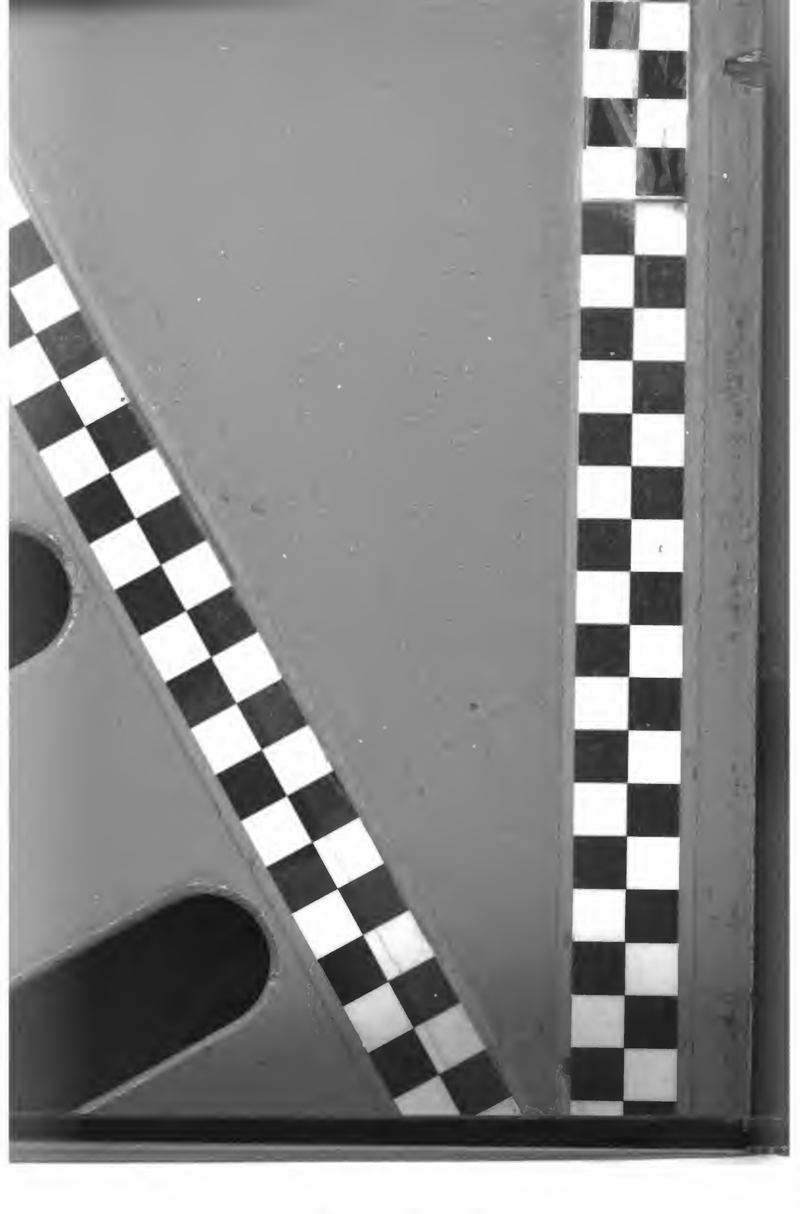
---

1) Diese Festsetzung stimmt überein mit derjenigen, welche durch die Bek. des Sen. v. 8. April 1895 für die Anwendung der Gewerbeordnung getroffen worden ist (abgesehen von der inzwischen erfolgten Aufhebung des Sedantages als bürgerlichen Feiertages).

2) Vgl. z. B. Art. 92 Wechselordnung; §§ 573, 577 H.G.B.; §§ 28, 29, 42, 48, 66 Binnenschiffahrtsges.

3) Vgl. z. B. § 4 Ver. v. 29. Dez. 1899 betr. die Löschzeit im Hamb. Hafen; § 25 Ges. v. 11. Dez. 1903 betr. die Stempelabgabe, wo eine dem § 193 B.G.B. entsprechende Vorschrift getroffen worden ist, da letzterer, der von Willenserklärungen und zu bewirkenden Leistungen handelt, auf die Fälle des Stempelgesetzes nicht unmittelbar anwendbar ist; vgl. ferner § 24 Jagdges. v. 2. Jan. 1903.

4) Vgl. z. B. §§ 188, 216, 222, 761 Z.P.O.; § 17 F.G.G.



Dagegen ist das Recht, gegen welches sich die Verjährung richtet, von vornherein auf die Dauer angelegt. Nicht allein der Zeitablauf entscheidet darüber, ob das Recht wegen Nichtgebrauchs erloschen ist, sondern es muß der Wille der Partei darauf gerichtet sein, aus dem Zeitlauf Nutzen zu ziehen. Wenn die Partei sich nicht hierauf ausdrücklich beruft, so dauert das Recht trotz des Zeitablaufs fort. Der Richter hat also nicht die Befugnis, von Amts wegen die Verjährung zu berücksichtigen.[1]

I. Ausschlußfristen kennt das Landesrecht in großer Zahl. Sie gehören durchweg dem öffentlichen Rechte an, insofern sie wenigstens in einem öffentlichen Interesse ihren Ursprung haben. Doch sind die Rechte, welche von den Fristen betroffen werden, vielfach Privatrechte und müssen insoweit hier erwähnt werden.

Die Folgen der Versäumung der Fristen sind sehr verschiedene, da die Rechte, welche untergehen, sehr verschiedener Art sind. Bald wird ein formelles, bald ein materielles Recht durch die Nichteinhaltung der Frist zum Untergang gebracht.[2] Von besonderer Bedeutung sind für das Hamburgische Recht der Verlust des Klagerechts gegen eine Behörde und derjenige von nicht angemeldeten Schadensersatzansprüchen auf die Aufforderung der Behörde.

1. In den meisten Fällen handelt es sich darum, daß die Frist für die Abgabe einer Erklärung oder für eine Handlung gegenüber einer öffentlichen Behörde, einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, oder einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts gesetzt worden ist. Diese Erklärung oder Handlung kann durch eine Verfügung der Behörde unmittelbar oder mittelbar veranlaßt werden oder aus freien Stücken von seiten des Privaten erfolgen.

a) Bei einer Reihe von Verfügungen der Verwaltungsbehörden ist die Einreichung einer Reklamation binnen bestimmter Frist vorgeschrieben, widrigenfalls nicht nur das Beschwerderecht im Ver-

---

1) Vgl. § 222 B.G.B.; ferner Dernburg I S. 505, 508; Crome I S. 500; Kisch S. 210.

2) Keine Ausschlußfristen sind diejenigen, mit denen eine solche Folge nicht verbunden ist, die nur den Zweck haben, ein Verfahren zu beschleunigen, z. B. die des § 31 Verhältnisges., welcher der Behörde eine Frist von 4 Wochen gibt für die Erklärung, ob sie die Vertretung ihres Beamten übernehmen will, oder diejenige des § 8 Ziff. 5 Nov. z. Baupolizeiges. v. 15. April 1896, wonach der baupolizeiliche Bescheid spätestens innerhalb 8 Tagen erteilt werden muß.

waltungsverfahren, sondern auch das Recht auf Beschreitung des ordentlichen Rechtsweges erlischt.[3]

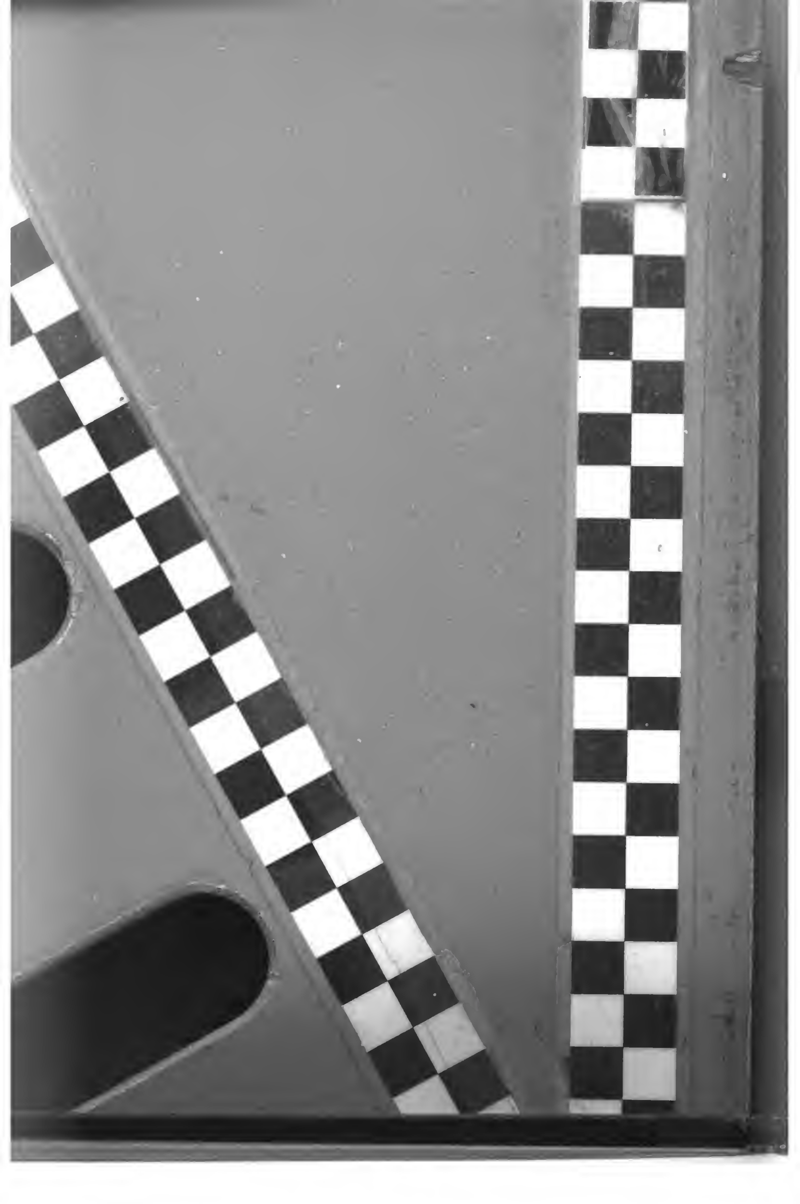
b) Die Erhebung der Klage im ordentlichen Rechtswege gegenüber den Verfügungen von Verwaltungsbehörden ist ebenfalls verschiedentlich an die Einhaltung einer Frist geknüpft. So erlischt das Klagerecht namentlich, wenn bei schriftlich eröffneter Verfügung die Klage gegen die Verwaltungsbehörde nicht binnen acht Wochen erhoben wird.[4]

c) Eine besondere Kategorie von Ausschlußfristen ist verbunden mit einer ausdrücklichen Aufforderung von gerichtlichen[5]

3) Vgl. § 25 Verhältnisgeſ. So sind Reklamationen gegen die Ansätze zur Einkommensteuer (§ 15 Geſ. v. 2. Febr. 1903), gegen die Ansätze zur Erbschaftssteuer (§ 23 Geſ. v. 2. März 1903), gegen die Ansätze der Immobilienabgabe (§ 25 Geſ. v. 1. März 1882) binnen 4 Wochen, gegen die Schätzung bei der Feuerkassenversicherung (§ 26 Feuerkassengeſ. v. 20. Febr. 1885) binnen 14 Tagen, gegen die Mieteansätze bei der Grundsteuer binnen 2 Monaten (§ 10 Grundsteuergeſ. v. 4. Juli 1881), gegen die Schätzung des Schadens seitens der Feuerkasse (§ 56 Feuerkassengeſ.) binnen 10 Tagen, gegen den Ansatz zur Kirchensteuer der evang.-luth. Kirche (§ 7 Geſ. vom 26. Febr. 1896 bezw. 12. Febr. 1904) binnen 14 Tagen zulässig.

4) Vgl. § 26 Abſ. 2 Verhältnisgeſ. und hierzu, namentlich auch über die Frage, ob es sich um eine Ausschluß- oder Verjährungsfrist handelt, § 56 II d. Ferner muß die Klage bei Anfechtung einer polizeilichen Entscheidung in Dienstbotensachen (§ 33 Dienstbotenordn.), bei Streitigkeiten aus der Unfallversicherung für Land- und Forstwirtschaft (Bek. v. 13. Sept. 1901, 19. Jan. 1900) und im Falle der Privatpfändung (§ 47 Geſ. betr. Forst- und Feldfrevel) binnen 14 Tagen, bez. der Festsetzung der Entschädigung wegen Enteignung zu Deichzwecken (§ 60 I. Abſ. Deichordn. v. 4. März 1889), bei Streitigkeiten aus der Gemeindekrankenversicherung (§ 19 Statut der Gemeindekrankenverſ. v. 17. Nov. 1892), aus der Bau- und Unfallversicherung (Bek. betr. Ausf. des Bau-Unfallversicherungsgeſ. v. 30. Juni 1900), aus der See-Unfallversicherung (Bek. betr. Ausf. des See-Unfallversicherungsgeſ. v. 30. Juli 1903) binnen 4 Wochen, wegen Rückerstattung eines gezahlten Stempelbetrages (§ 24 Geſ. betr. die Stempelabgabe v. 11. Dez. 1903) binnen 6 Monaten erhoben werden. Die Klage gegen die Entscheidung der Polizeibehörde betr. Feststellung der Unterhaltspflicht muß binnen 6 Monaten nach der polizeilichen Entscheidung erhoben werden, widrigenfalls die vor Erhebung der Klage erhobenen Beträge nicht zurückgefordert werden können (§ 21 Armengeſ. v. 11. Sept. 1907).

5) Hierhin gehören insbesondere die Aufgebotsfristen im Falle der Kraftloserklärung einer Urkunde der im § 808 B.G.B. bezeichneten Art oder eines Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldbriefs (§§ 4, 5 A.G. z. Z.P.O. v. 22. Dez. 1899: mindestens 3 Monate), im Falle der Veräußerung eines Grundstücks zum Zwecke des Ausschlusses nicht aus dem Grundbuch ersichtlicher oder bekannter Grunddienstbarkeiten (§§ 45, 46 A.G. z. B.G.B.: 6 Wochen bis 6 Monate), im Falle der Erteilung des Unschädlichkeitszeugnisses bez. des Antrages auf Hinterlegung eines Geldbetrages (§ 39 A.G. z. B.G.B.: 2 Wochen), im Falle der Feststellung der Karten und Flurbücher (Art. 2, 3 Geſ. v. 30. Okt. 1865; die Aufforderung erfolgt hier vom Senat, Frist: mindestens 6 Wochen), im Falle der Anlegung von Grundbuchblättern für nicht eingetragene Grundstücke sowie der Schließung der Blätter über nicht mehr nachweisbare Grundstücke (Nr. 2, 4 Bek. v. 11. Dez. 1899; Frist: mindestens 6 Wochen).



oder Verwaltungsbehörden,[6] gewisse Ansprüche binnen einer bestimmten Frist bei der Behörde anzumelden, widrigenfalls ein in der Aufforderung angedrohter Rechtsnachteil eintritt. Diese Fristen kommen besonders im gerichtlichen Aufgebotsverfahren und im Verfahren betr. Gewährung einer Entschädigung für zwangsweise Enteignung oder Auferlegung von Benutzungsbeschränkungen hinsichtlich des Grundeigentums vor.

d) Während in den vorerwähnten Fällen eine Verfügung oder Aufforderung der Behörde Voraussetzung für den Beginn der Frist ist, kann in anderen Fällen die Erklärung oder Handlung gegenüber der Behörde von dem Privaten aus freien Stücken ausgehen.[7] Die im

6) Dazu gehören vor allem die Fristen im Verfahren betr. Enteignung und Auferlegung von Benutzungsbeschränkungen, insbesondere die Fristen von 4 Wochen betr. Geltendmachung der nicht eingetragenen Pfand- oder Nutzungsrechte, Servituten usw. (§ 19 Expropriationsgeś.), der Schadensansprüche bei Auflegung von Baulinien (§ 105 Baupolizeigeś.) und der Widersprüche und Schadensforderungen bei der Zusammenlegung von Grundstücken (§ 9 Abs. 2 Bebauungsplangeś.), die von der Finanzdeputation zu bestimmende Frist von 2—4 Monaten bez. der Übernahme von Privatstraßen (§ 118 Baupolizeigeś.) und die Frist von mindestens 6 Wochen für die Erhebung von Widersprüchen und Schadensersatzansprüchen bez. des Bebauungsplans (§ 4 Bebauungsplangeś.). Weiter gehören hierher die Frist von 6 Monaten betr. Geltendmachung von Ansprüchen auf ein Grab auf dem Ohlsdorfer Friedhofe (§ 6 Abs. 2 Begräbnisordn. für den Friedhof zu Ohlsdorf v. 27. Sept. 1882), die Fristen behufs Einspruchs gegen die Richtigkeit der Deichrollen (§ 25 Deichordn. v. 4. März 1889) und diejenige des Verzeichnisses der Grundeigentümer eines Jagdbezirks (§ 11 Jagdgeś.: mindestens 14 Tage), die Frist zur Anmeldung von Ansprüchen auf Fundsachen (§ 3 Ver. v. 20. Dez. 1899: mindestens 6 Wochen). Auch die Aufforderung der Baupolizeibehörde gemäß § 130 Baupolizeigeś., binnen einer Frist, die nicht unter 4 Wochen zu bemessen ist, sich über die Umwandlung von Kapitalzahlungen in Renten zu erklären, fällt hierunter.

7) So muß ein zugelaufener Hund binnen 8 Tagen an die Polizeibehörde abgeliefert werden, widrigenfalls er versteuert werden muß, während die Steuerpflicht hinsichtlich des angeschafften Hundes nach 10 Tagen und bez. des Hundes überhaupt nach Ablauf von 3 Monaten seit der Geburt des Hundes eintritt (§ 6 Geś. v. 14. Juli 1905). Von der Privatpfändung muß der Ortspolizeibehörde binnen 24 Stunden Anzeige erstattet werden, widrigenfalls das Pfandrecht erlischt (§ 44 Geś. betr. Forst- und Feldfrevel). Die Verzinsung hinterlegten Geldes erlischt mit dem Ablauf von zehn Jahren seit der Hinterlegung, falls nicht vorher ein Beteiligter einen begründeten Antrag auf Verlängerung der Verzinsung bei der Hinterlegungsstelle stellt (§ 33 Hinterlegungsordn.). Überkommene Grunddienstbarkeiten müssen zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs binnen 10 Jahren seit dem 1. Februar 1900 in das Grundbuch eingetragen werden (§ 44 A.G. z. B.G.B.). Die Frist von 3 Monaten besteht für die Erhaltung gewisser Witwen- und Waisenpensionsansprüche von Beamten (§§ 16, 18 Geś. v. 11. Dez. 1903). Binnen einer Frist von 3 Wochen können Mitglieder der Dienstbotenkrankenkasse nach ihrer Entlassung aus dem Dienstverhältnisse ihre Mitgliedschaft bei der Dienstbotenkrankenkasse erhalten (§ 3

Fall der Versäumung der Frist eintretende Rechtsfolge ergibt sich aus dem konkreten Gesetz.

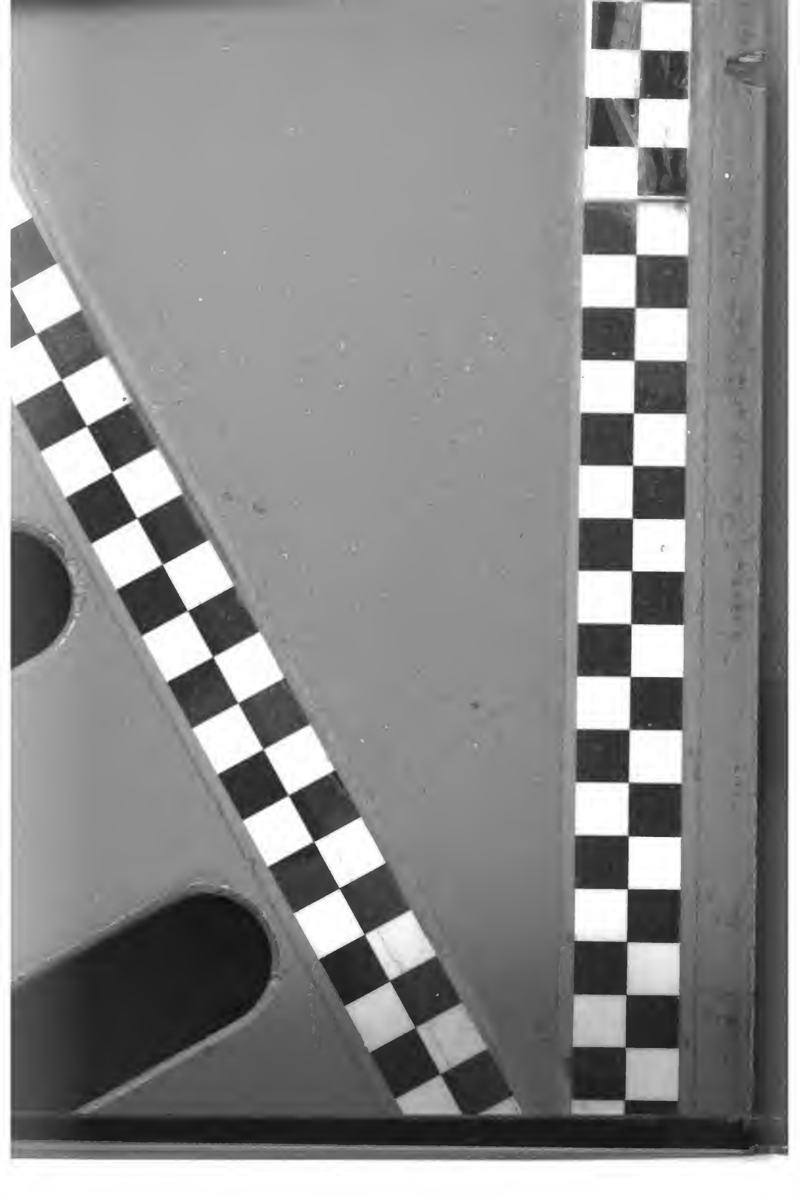
2. Nur in wenigen Fällen besteht eine Ausschlußfrist für Erklärungen oder Handlungen gegenüber Privaten. Diese Fälle stehen aber ebenfalls durchweg mit dem öffentlichen Recht im Zusamenhang, so daß sie, auch soweit sie nicht direkt dem vorbehaltenen Privatrecht angehören, neben dem B.G.B. erhalten geblieben sind.[8]

II. Das B.G.B. hat in zahlreichen Fällen auf seine Ausschlußfristen einzelne Vorschriften über die Hemmung der Verjährung (§§ 202, 203, 206, 207 B.G.B.) ausdrücklich zur Anwendung gebracht. Eine Ausdehnung dieser Vorschriften auf die Präklusivfristen des Landesrechts erscheint ohne weiteres nicht angängig.[9] Dies hätte durch eine besondere landesrechtliche Bestimmung geschehen können, eine solche ist aber nicht erlassen worden. Mithin kann von einer Hemmung der Frist nur da geredet werden, wo das Landesrecht selbst eine Hemmungsmöglichkeit hinsichtlich des Ablaufs der Frist vorsieht, wie z. B. bez. der

Ges. v. 17. Juli 1903). Die Austrittserklärung bez. einer anerkannten religiösen Gemeinschaft muß frühestens nach 4 Wochen und spätestens innerhalb 6 Wochen nach Eingang des Antrags auf Entgegennahme der Erklärung bei der Aufsichtsbehörde für die Standesämter abgegeben werden (§ 2 Ges. v. 12. Dez. 1888). Die Bauanzeige muß wiederholt werden, wenn mit dem Bau nicht binnen 6 Monaten begonnen oder der Bau länger als 6 Monate liegen gelassen ist (§ 6 Nov. z. Baupolizeiges. v. 15. April 1896). Beim freiwilligen Sielanschluß innerhalb 3 Jahren nach Vollendung der Siele wird der halbe Sielbeitrag erlassen (§ 94 Baupolizeiges.). Der Feuerkasse muß ein Schadensfall innerhalb 14 Tagen angezeigt werden, doch kann bei vorliegenden Entschuldigungsgründen die Frist verlängert werden (§ 48 Feuerkassenges.). Bei den Sparkassen hört nach Ablauf von 10 Jahren die Verzinsung auf, falls das Buch inzwischen nicht vorgezeigt ist (Art. 9 Satzungen der Spark. v. 1827, Art. 15 Statut der Neuen Sparkasse). Die Dienstmannskaution wird dem Dienstmann zurückgegeben, falls nicht binnen 2 Wochen Ansprüche angemeldet und binnen weiteren 4 Wochen gerichtlich anhängig gemacht sind (§ 2 Dienstmannsordn. v. 12. März 1905).

[8] So tritt Befreiung von der Immobilienabgabe ein, wenn der Kauf innerhalb 2 Monaten nach seinem Abschlusse rückgängig gemacht wird oder wenn ein Hypothekengläubiger bei der Zwangsversteigerung das Grundstück in seinem Posten ersteht und das Grundstück binnen 6 Monaten im Grundbuch auf ihn übertragen wird (§§ 13, 14 Ges. betr. die Immobilienabg.). Eine Anzahl von Ausschlußfristen enthält das Recht der gewerblichen Pfandleihe (§§ 9, 11, 12 Pfandleiherordn. v. 10. Dez. 1880, § 18 Leihhausordn. v. 29. Dez. 1882). Ansprüche gegen den Gesindevermieter oder Stellenvermittler wegen falscher Angaben usw. müssen binnen 2 Wochen geltend gemacht werden (§ 11 Vorschr. für den Geschäftsbetrieb der Gesindeverm. usw. v. 30. April 1902). Die für den Bau an der Nachbargrenze erforderliche Anzeige an den Nachbar verliert ihre Wirkung, wenn nicht binnen 3 Monaten mit dem Bau begonnen oder wenn der Bau länger als 3 Monate unterbrochen wird (§ 77 Baupolizeiges.).

[9] So mit Recht Kisch S. 211. A. M. Dernburg I S. 509.



Anmeldung des Schadensfalls bei der Feuerkasse.[10] Die Hemmungsgründe wird man aus der Auslegung der Gesetzesvorschrift zu entnehmen haben, ohne daß man an die reichsrechtlichen Hemmungsgründe bez. der Verjährung gebunden ist.

§ 35. Die Verjährung.

Die Verjährung ist im B.G.B. im ganzen erschöpfend geregelt. Doch ist es dem Landesrecht gestattet, auf dem ihm vorbehaltenen Gebiete abweichende Vorschriften zu treffen. Sodann kann das Landesrecht auf dem Gebiete des Übergangsrechts noch in gewissem Sinne in Betracht kommen.

I. Das Übergangsrecht.

1. Nach Art. 169 E.G. z. B.G.B. kommt vom Inkrafttreten des B.G.B. das neue Verjährungsrecht zur Anwendung. Indessen

a) bestimmen sich Beginn, Hemmung und Unterbrechung der Verjährung für die Zeit vor dem Inkrafttreten des B.G.B. nach dem alten Recht;[1]

b) bestimmt sich die Dauer der Frist nach dem alten Recht, wenn die Frist nach diesem länger ist als nach dem neuen, aber früher abläuft als die kürzere Frist des neuen Rechts, welche immer erst mit dem 1. Januar 1900 zu laufen begonnen hat.

2. Nach dem alten Recht galten folgende Verjährungsfristen:[2]

a) Dingliche Ansprüche wegen beweglicher Sachen verjährten in 3 Jahren, während Forderungen wegen unbeweglicher Güter, und wegen persönlicher Verpflichtungen und Schulden unter Anwesenden in 10, unter Abwesenden in 20 Jahren[3] und wenn der Berechtigte der Fiskus oder eine Stiftung war,[4] in 30 Jahren verjährten.

---

10) Vgl. § 48 Feuerkassenges. v. 20. Febr. 1885. Hier wird jeder Entschuldigungsgrund durchschlagen, wenn er auch nicht unter die §§ 202 ff. B.G.B. fällt.

1) Der wesentlichste Unterschied des alten und neuen Rechts auf diesem Gebiet besteht darin, daß nach altem Recht die einfache, außergerichtliche Mahnung die Verjährung unterbrach, während dies nach neuem Recht nicht der Fall ist (vgl. §§ 208 ff. B.G.B. und für das frühere Recht z. B. Beibl. 1885 Nr. 166, 1888 Nr. 157, Hauptbl. 1889 Nr. 33, 1890 Nr. 208).

2) Vgl. Art. 1, 2 Stat. I 21; Baumeister I S. 78 ff., Niemeyer S. 34.

3) Vgl. über die Berechnung bei teilweiser An- und Abwesenheit Beibl. 1901 Nr. 55.

4) Nach Art. 2 Stat. I 21: „Das gemeine Gut oder Vorsteher geistlicher Güter."

b) Daneben galten einige wenige abgekürzte Verjährungsfristen, insbesondere diejenigen des gemeinen Rechts,[5] aber auch einige statutarische Fristen.[6]

c) Endlich kam nach gemeinrechtlichen Grundsätzen die unvordenkliche Verjährung zur Anwendung. S. unter IV.

II. Die landesrechtliche Regelung der Verjährung kommt besonders in Betracht für öffentlichrechtliche Verhältnisse, da sich auf diese das B.G.B. überhaupt nicht erstreckt. Dies hat zur Folge, daß, soweit nicht neue Vorschriften getroffen worden sind, nicht nur hinsichtlich der Dauer der Verjährung, sondern auch bez. der Unterbrechung das frühere Recht in Geltung geblieben ist, so daß die einfache Mahnung die Verjährung unterbricht. Das Recht des B.G.B. über die Verjährung gilt nur, falls es ausdrücklich für anwendbar erklärt worden ist.

Hinsichtlich der Verjährungsfristen bei öffentlichrechtlichen Verhältnissen gilt folgendes:

1. Grundsätzlich verjähren Ansprüche des Staates oder anderer juristischer Personen des öffentlichen Rechts in 30 Jahren.[7] Ausnahmen hiervon bestehen:

a) für die Hamburgische Erbschaftssteuer.[8] Der Anspruch des Fiskus verjährt in 10 Jahren, deren Lauf mit dem Schlusse des Jahres, in welchem die Steuer zu entrichten ist, im Falle einer erfolgten Sicherstellung der Steuer jedoch nicht vor Ablauf des Jahres, in welchem die Sicherheit erloschen ist, beginnt.

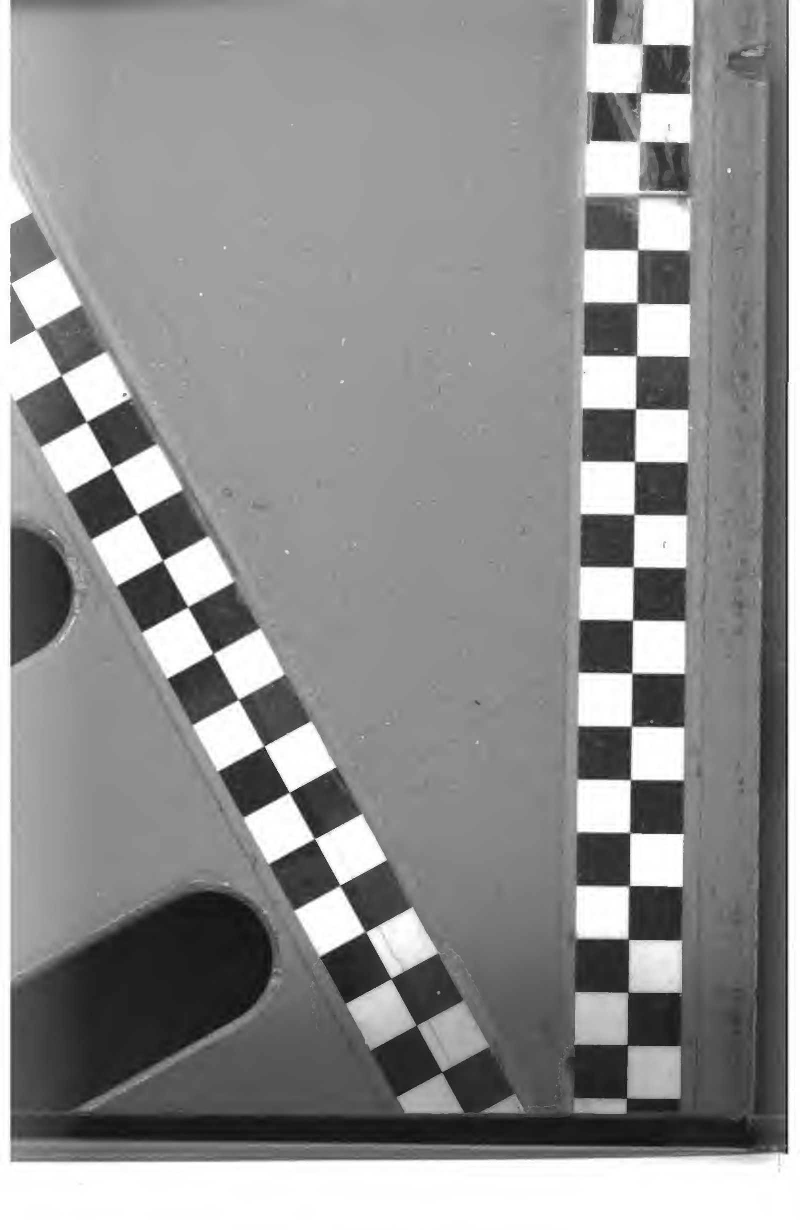
---

5) Insbesondere verjährte die actio doli in 2 Jahren; vgl. l. 8 Cod. de dolo (2, 21).

6) Danach verjährten in 2 Jahren die Forderungen der Wirte gegen ihre Gäste wegen Beköstigung (Art. 15 Stat. I 34; Beibl. 1883 Nr. 94), der ehemaligen Pupillen gegen die Erben ihrer früheren Vormünder (Art. 25 Stat. III 6) und die Klagen gegen den Bürgen für einen Brautschatz (Art. 10 Stat. II 11). Ferner kam die Verjährung von Jahr und Tag (1 Jahr 6 Wochen 3 Tage) zur Anwendung auf die Erbansprüche des auswärtigen gerichtlich präkludierten Erben (Art. 18 Stat. III 3), die dinglichen Ansprüche Auswärtiger auf über See hierher gekommene Güter (Art. 2, 3 Stat. II 19), die dinglichen Ansprüche auf gestohlene, in gerichtlichen Gewahrsam genommene Güter (Stat. IV 35), und die Ansprüche auf Strandgut (Art. 31 Rez. v. 1603). Zu letzterem vgl. Gries I S. 85.

7) Vgl. Art. 2 Stat. I 21 (Wulff IV S. 81 Anm. 2). Dies betrifft alle Steuern, Abgaben usw., die dem Staat, der Kirche und anderen öffentlichen Anstalten zu entrichten sind, soweit nicht ausdrücklich etwas Anderes bestimmt ist. Daß diese Vorschrift fortbesteht, hat auch das O.L.G. in Beibl. 1907 Nr. 8 ausgesprochen.

8) Vgl. § 20 Erbschaftssteuergeſ. v. 2. März 1903.



b) für die Stempelabgabe.[9] Der Anspruch auf diese verjährt in 5 Jahren, deren Lauf mit dem Schlusse des Jahres beginnt, in welchem die Zahlung der Abgabe hätte erfolgen sollen.

Die Unterbrechung dieser Verjährung ist ausdrücklich dahin geregelt, daß sie eintritt

α) durch die Aufforderung zur Zahlung,

β) durch Handlungen der Zwangsvollstreckung,

γ) durch Bewilligung einer Stundung.

In diesen Fällen beginnt der Lauf einer neuen Verjährung erst mit dem Ablauf des Jahres, in welchem die letzte Aufforderung zugestellt, die letzte Vollstreckungshandlung vorgenommen oder die Stundung abgelaufen ist.

c) für die Gerichtskosten.[10] Der Anspruch auf diese verjährt in 4 Jahren, deren Lauf mit dem Schlusse des Jahres beginnt, in welchem die Kostenforderung fällig wird.

Auf diese Verjährung sind die Vorschriften des B.G.B. über die Verjährung ausdrücklich für anwendbar erklärt worden, nur die Unterbrechung der Verjährung ist besonders geregelt. Zur Unterbrechung genügt eine Zahlungsaufforderung oder die Bewilligung einer Stundung. Nach der Unterbrechung beginnt der Lauf einer neuen Verjährung erst mit dem Ablauf des Jahres, in welchem die Unterbrechung beendigt worden, insbesondere die Stundung abgelaufen ist.

2. In drei Fällen ist landesrechtlich auch der Anspruch gegen den Fiskus, welcher grundsätzlich den allgemeinen Verjährungsfristen unterliegt,[11] einer besonderen Verjährungsfrist unterworfen worden. Da dieser Anspruch regelmäßig den Charakter eines aus einem öffentlichrechtlichen Verhältnis entsprungenen privatrechtlichen Anspruchs hat, so finden, abgesehen von der Bestimmung über die Dauer der Frist, auf ihn die Verjährungsgrundsätze des B.G.B. Anwendung, was in den Bestimmungen übrigens auch ausdrücklich vorgeschrieben worden ist.

a) Der Anspruch auf Rückerstattung von zu Unrecht erhobenen Gerichtskosten verjährt in 4 Jahren, welche nicht

9) Vgl. § 15 Ges. betr. die Stempelabgabe v. 11. Dez. 1903.
10) Vgl. § 10 Hamb. G.K.G. v. 29. Dez. 1899.
11) Vgl. § 26 Abs. 1 Verhältnisgef.

mit dem Ende des Jahres, sondern bereits mit der Entstehung des Anspruchs zu laufen beginnen.[12]

b) Der Anspruch gegen den Fiskus wegen Versehen der Grundbuchbeamten, denen ein Verschulden nicht zugrunde liegt, verjährt in 3 Jahren von dem Zeitpunkte an, in welchem der Verletzte von dem Schaden Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung an.[13] S. § 71 IV.

c) Der Anspruch gegen den Fiskus auf Auskehrung des Überschusses aus der Versteigerung der in einem staatlichen Leihhause oder bei einem gewerblichen Pfandleiher verpfändeten Gegenstände verjährt in 1 Jahr. S. § 108 V 2 b.

III. Verjährungsvorschriften rein privatrechtlichen Charakters bestehen im Landesrecht auf vereinzelten vorbehaltenen Gebieten. Soweit hier besondere Vorschriften nicht getroffen sind, greifen die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. Platz.

1. Der Anspruch auf Ersatzgeld bei Weidefrevel und anderm Feldfrevel verjährt in einer Frist von 4 Wochen, welche mit dem Tage der Tat beginnt. Diese Verjährung wird nach den Vorschriften des B.G.B. unterbrochen, doch genügt zur Unterbrechung auch die Erhebung einer Klage auf Schadensersatz.[14] S. § 57 I 2e.

2. Der Anspruch auf Auskehrung eines Sparkassenguthabens verjährt bei beiden Hamburger Sparkassen, wenn das Sparkassenbuch in 30 Jahren nicht vorgezeigt worden ist.[15]

IV. Die unvordenkliche Verjährung.

1. Die unvordenkliche Verjährung war im früheren Hamburger Recht anerkannt, insbesondere hinsichtlich der Entstehung und des Erlöschens von Rechten an Grundstücken, Wegen, Straßen, Gewässern usw.

Das B.G.B. kennt diese Verjährung nicht. Für das Landesrecht hat sie aber nach zwei Richtungen Bedeutung. Einmal bleiben die-

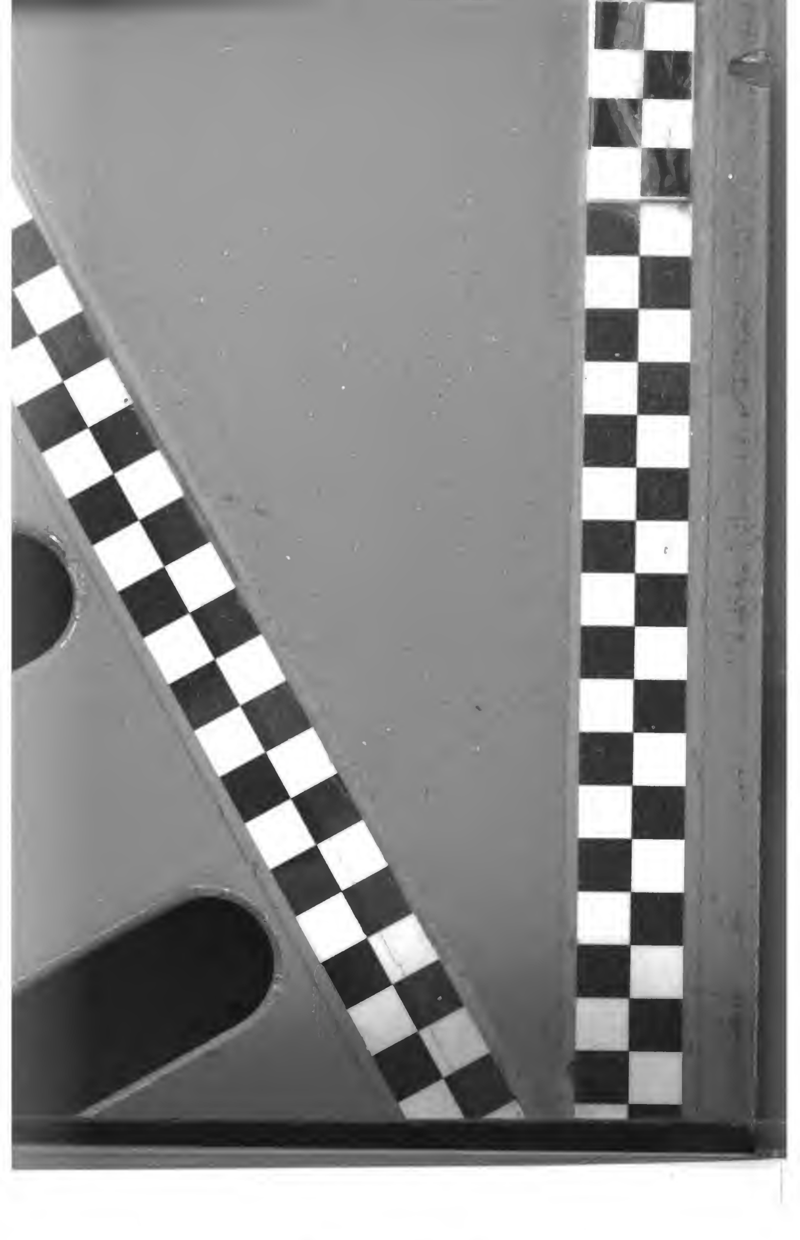
---

12) Vgl. § 14 Hamb. G.K.G v. 29. Dez. 1899.

13) Vgl. §§ 35 A.G. z. G.B.O., 852 Abs. 1 B.G.B. Soweit ein Verschulden der Grundbuchbeamten vorliegt, tritt die abgekürzte Verjährung schon auf Grund des letztgenannten Paragraphen des Reichsrechts ein.

14) Vgl. § 37 Ges. betr. Forst- und Feldfrevel v. 12. Dez. 1898.

15) Vgl. Art. 10 der neuen Satzungen der Spark. von 1827, Art. 15 der Stat. der Neuen Spark. Diese Bestimmungen haben Geltung, da sie Inhalt des zwischen der Sparkasse und dem Einleger bestehenden Vertrages sind. Ihre Zulässigkeit beruht auf § 225 Satz 2 B.G.B.



jenigen Rechtsverhältnisse, welche sich vor dem 1. Januar 1900 auf Grund der unvordenklichen Verjährung entwickelt haben, auch unter neuem Recht erhalten. Ferner ist die unvordenkliche Verjährung auf dem Gebiete des öffentlichen wie des vorbehaltenen Privatrechts erhalten geblieben. Letzteres ist allerdings streitig, doch ist nicht einzusehen, weshalb bei den vorbehaltenen Materien nicht auch die Verjährung auf landesrechtlicher Grundlage soll geregelt werden können.[16] Wenn von gegnerischer Seite behauptet wird, daß diese Art der Verjährung an sich mit den Sondernormen der vorbehaltenen Materien nicht unmittelbar zusammenhängt, so ist das insofern nicht zutreffend, als wenigstens in Hamburg die unvordenkliche Verjährung in ganz besonderem Maße auf Gebieten sich ausgebildet hat, welche zu den vorbehaltenen Materien gehören, z. B. auf denjenigen der öffentlichen Sachen und des Wasserrechts. Übrigens dürfte diese Kontroverse für Hamburg auch deshalb erhebliche praktische Bedeutung nicht haben, weil die unvordenkliche Verjährung jetzt überhaupt, wenn nicht ausschließlich, so doch vorwiegend nur für Materien in Betracht kommt, welche von öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten beherrscht werden.

2. Voraussetzungen der unvordenklichen Verjährung sind:

a) Der mit allen nach der Z.P.O. zulässigen Beweismitteln zu führende Nachweis, daß der gegenwärtige Zustand seit unvordenklicher Zeit, d. h. über Menschengedenken, das Gedenken der jetzt lebenden Generation, hinaus, ununterbrochen bestanden hat. Dieser Nachweis muß sich auf mindestens 40 Jahre erstrecken.[17]

Handelt es sich um den Erwerb besonderer Rechte durch unvordenkliche Verjährung, so müssen während des Zeitraums die besonderen sich aus dem Rechte ergebenden Befugnisse ausgeübt worden sein und genügt es nicht, daß gewisse Befugnisse ausgeübt worden sind, welche jedermann auch ohne besonderes Recht zustehen. Dies hat namentlich Bedeutung für den Erwerb von Rechten an öffentlichen Sachen. S. § 61 II 2 d γ.

b) Der ebenso wie unter a zu führende Nachweis, daß keine sichere Kunde darüber besteht, daß es sich früher jemals anders

---

16) Vgl. zugunsten der hier vertretenen Ansicht Beibl. 1904 Nr. 60; Dernburg I § 173 V, Crome System I § 119, Windscheid-Kipp (9. Aufl.) I S. 33 Anm. 5, S. 580 ff., Oertmann S. 170, Kisch S. 215, Buchka S. 47. A. M. Zitelmann, Zum Grenzstreit zwischen Reichs- und Landesrecht S. 45, Endemann, Lehrbuch I S. 267.

17) Vgl. Entsch. des R.G. 55 S. 374; Beibl. 1904 Nr. 60, 1887 Nr. 69.

verhalten habe. Dieser Nachweis kann auf die Überlieferung der Vorfahren gegründet werden.[18]

Der Gegenbeweis gegen die unvordenkliche Verjährung erfordert, daß ein ununterbrochener Zusammenhang zwischen der unrechtmäßigen Entstehung eines Zustandes und dem in die letzten beiden Menschenalter fallenden Zustande festgestellt wird, es genügt daher nicht eine vorübergehende, wieder zurückgewiesene Störung, um den Beweis der Verjährung zu entkräften.[19]

3. Durch die unvordenkliche Verjährung werden nicht neue Rechte geschaffen, sondern wird die Rechtsvermutung begründet, daß der bestehende Zustand rechtmäßig entstanden sei und bestehe.[20] Die Rechtmäßigkeit des Zustandes wird vermutet, weil derselbe seit unvordenklicher Zeit ununterbrochen bestanden hat.

4. Über die einzelnen Fälle, in denen die unvordenkliche Verjährung heute noch praktisch werden kann s. §§ 87 III 4 c, 88 V 1 b, VII, 92 V 2 c.

Fünfter Abschnitt.

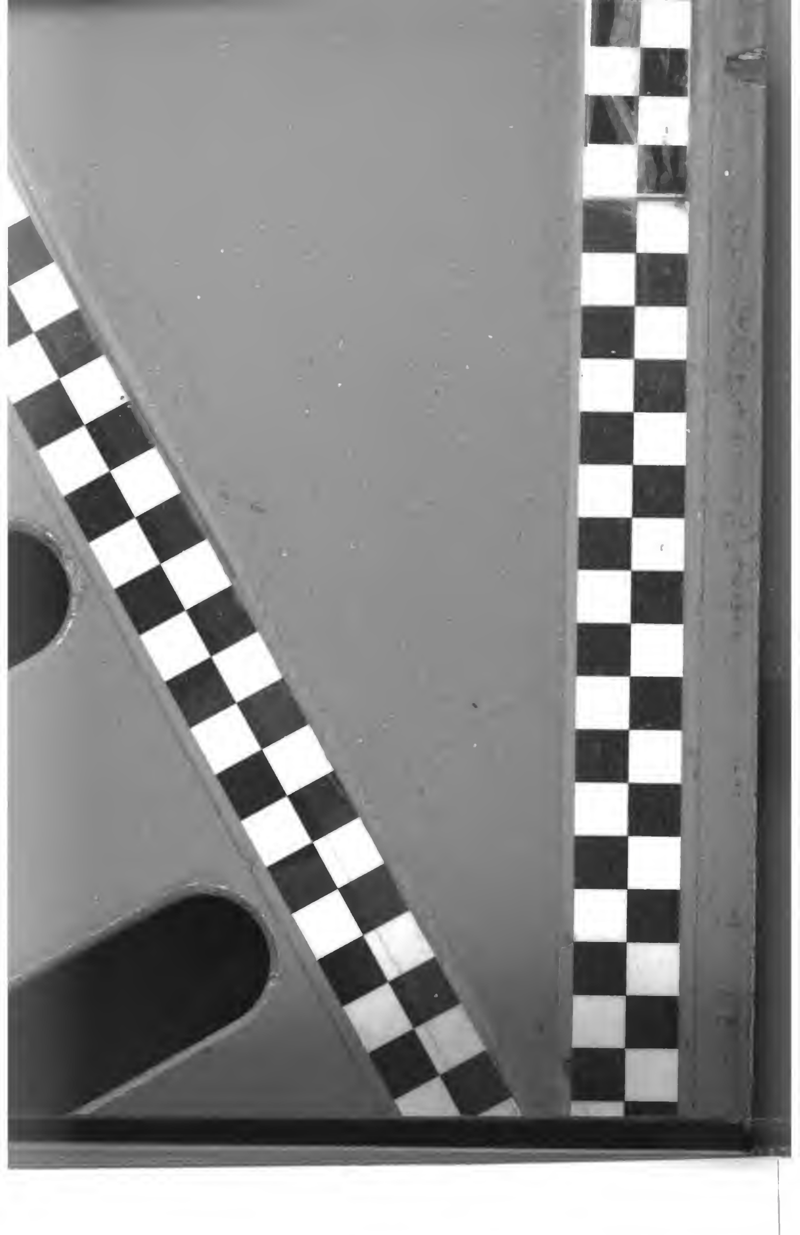
Rechtsschutz.

§ 36. Die Verwirklichung der Rechte.

Die Durchführung der Privatrechte erfolgt regelmäßig im Wege der staatlichen Tätigkeit. Nur ausnahmsweise ist den Privaten die Selbsthilfe gestattet. Sowohl das hierauf gerichtete staatliche Verfahren wie auch die Selbsthilfe, soweit dieselbe überhaupt zulässig ist, sind zum größten Teile im Reichsrecht geregelt. Einzelne Vorschriften des Landesrechts kommen aber auch hier in Betracht.

I. Das Reichsrecht regelt die Zwangsvollstreckung nur für bestimmte von ihr in den §§ 704, 794 Z.P.O. aufgeführte Titel. Es gestattet der Landesgesetzgebung indessen auch andere Vollstreckungstitel einzuführen und dabei die Art und Weise der Vollstreckung abweichend von den Vorschriften der Z.P.O. zu regeln (§ 801 Z.P.O.). Doch können solche Titel nur innerhalb des betreffen-

18) Vgl. Beibl. 1887 Nr. 69.
19) Vgl. Beibl. 1887 Nr. 69, 1882 Nr. 76, 1878 Nr. 108, 1876 Nr. 49.
20) Vgl. Beibl. 1874 Nr. 127, 1880 Nr. 154, 1882 Nr. 76, 1896 Nr. 88; Dernburg, Pand. I § 160 Nr. 4; Oertmann S. 178.



den Landes, außerhalb desselben lediglich im Wege der Rechtshilfe vollstreckt werden.[1]

Das Reichsrecht überläßt ferner die Vorschriften über den zwangsweisen Vollzug der in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit getroffenen Anordnungen grundsätzlich der Landesgesetzgebung.[2] Gehören diese, streng genommen, auch nicht in diesen Zusammenhang, so sollen sie doch wegen ihres Verhältnisses zur Zwangsvollstreckung überhaupt hier mit erörtert werden.

Nach beiden Richtungen hat die Hamburgische Gesetzgebung Vorschriften getroffen.

1. Auf dem Gebiet der streitigen Gerichtsbarkeit sind Vorschriften insbesondere für solche Ansprüche getroffen worden, die aus öffentlichrechtlichen Verhältnissen entspringen.

a) Vollstreckbare Titel können erlassen werden

α) von den zur Einziehung von Steuern und Gefällen, Abgaben und Gebühren, sowie von sonstigen auf Grund gesetzlicher Normen und bestimmter Tarife festzustellenden Leistungen zuständigen Behörden hinsichtlich dieser Zahlungen[3] (§ 17 Verh.Ges.). Die letztere Fassung ist eine ganz allgemeine, es fallen hierunter alle dem Fiskus auf Grund gesetzlich festgestellter oder gemäß gesetzlicher Delegation von der Behörde erlassenen Tarife geschuldeten Leistungen, also soweit sie nicht schon unter die Steuern, Abgaben und Gebühren fallen, z. B. Sielbeiträge,[4] Beiträge zur Stadtwasserkunst,[5] Trottoirbeiträge,[6] Beiträge zur Feuerkasse,[7] Schulgelder an öffentlichen Schulen, Quaigelder,[8] Gerichtskosten,[9] zurückzuzahlende Armenunter-

1) Vgl. Gaupp-Stein II § 801; Entsch. des R.G. 35 S. 360.
2) Vgl. Bericht der Reichstagskomm. zum F.G.G. S. 32.
3) Ein genügender vollstreckbarer Titel liegt vor, wenn die Behörde das Gerichtsvollzieheramt ersucht, den Betrag im Wege der Zwangsvollstreckung von dem Schuldner einzuziehen und an die Staatskasse abzuführen (Beibl. 1904 Nr. 152). Eine Zustellung des Titels ist nicht erforderlich.
4) Vgl. § 93 Baupolizeiges.
5) Vgl. § 5 Abs. 4 Reg. für die Wasserversorgung durch die Stadtwasserkunst v. 13. Juli 1906. Vgl. aber Beibl. 1897 Nr. 146. Hierher gehört nicht die Vergütung für den Gasverbrauch, da der Fiskus hinsichtlich der Gaslieferung zu den Beziehern in einem privatrechtlichen Verhältnis steht.
6) Vgl. §§ 96, 97 Baupolizeiges. Die Gebühren der §§ 99, 100 Baupolizeiges. fallen nicht hierunter, weil für dieselben ein bestimmter Tarif gesetzlich nicht festgestellt ist. Vgl. Wulff I S. 134 Anm. 2; Beibl. 1893 Nr. 36.
7) Vgl. § 46 Abs. 2 Rev. Ges. betr. die Hamb. Feuerkasse v. 20 Febr. 1885.
8) Vgl. §§ 22 ff. Quai-Betr. und Gebührenordn. v. 22. Dez. 1893.
9) Vgl. § 9 Hamb. Gerichtskostenges. v. 29. Dez. 1899.

stützungen und Kosten der Zwangserziehung und öffentlichen Fürsorge[10] usw.

Der Vollstreckungstitel kann sich auch auf den wegen Nichteinhaltung der Zahlungsfrist gesetzlich vorgeschriebenen Zuschlag erstrecken.

β) Vollstreckbare Titel können ferner erlassen werden von den Gemeindebehörden sowie von den staatlich anerkannten religiösen Gemeinschaften hinsichtlich der innerhalb ihrer Zuständigkeit festgestellten Leistungen[11] für Gemeindezwecke (§ 18 Verhältnisges.).

γ) Vollstreckbare Titel können in Dienstbotenstreitigkeiten von den Verwaltungsbehörden erlassen werden.[12]

δ) Das gleiche gilt für die Erzwingung der Unterhaltspflicht auf Veranlassung der Allgemeinen Armenanstalt (§ 20 Armenges. vom 11. September 1907). S. S. 289.

ε) Vollstreckbare Titel können von den Polizeibehörden bei Streitigkeiten über die Vergütung für solche Dienstleistungen erlassen werden, für welche eine polizeiliche Taxe besteht (§ 2 Verhältnisges.).

ζ) Bei Differenzen unter Nachbarn in Bauangelegenheiten kann die Baupolizeibehörde, falls Gefahr im Verzuge ist, vollstreckbare Entscheidungen erlassen (§ 8 Baupolizeiges.).

η) Aus den rechtskräftigen Entscheidungen der Schätzungskommission und den vor derselben geschlossenen Vergleichen findet ebenfalls die Zwangsvollstreckung statt (§ 35 Expropriationsges.).

b) Die Vollstreckung der unter a γ—η erwähnten Titel erfolgt nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung, dagegen ist für die Vollstreckung der unter a α und a β erwähnten Titel teilweise ein besonderes Verfahren festgesetzt worden (§ 17 Abs. 2 Verhältnisges.),[13] welches folgende Grundsätze enthält:

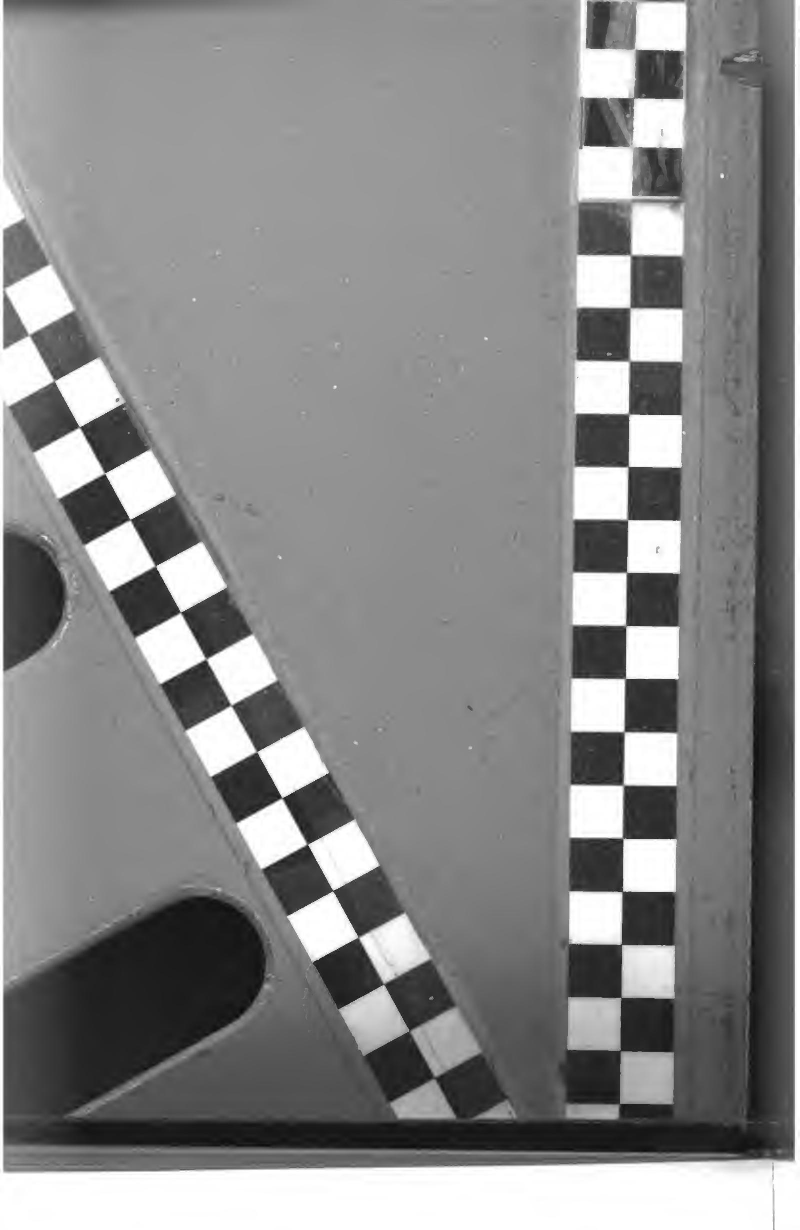
---

10) Vgl. § 19 Abs. 2 Ges. über das Armenwesen v. 11. Sept. 1907; § 13 Zwangserziehungsges. v. 11. Sept. 1907; § 16 Abs. 2 Fürsorgeges. v. 11. Sept. 1907.

11) Vgl. Ges. wegen Erhebung einer Kirchensteuer für die evangelisch-lutherische Kirche v. 26. Febr. 1896 und Ges. betr. die Kirchensteuer der römisch-kathol. Gemeinde in Hamburg v. 22. Jan. 1904.

12) Vgl. § 32 Dienstbotenordn. v. 7. Dez. 1898. S. auch § 46 II 7.

13) § 17 Abs. 2 und 3 Verhältnisges. sind durch § 8 A.G. z. abgeänderten Z.P.O. v. 22. Dez. 1899 (Wulff III S. 391) in ihre jetzige Fassung gebracht worden. — Eine von diesen Vorschriften abweichende Regelung ist für die Beitreibung der gegen Beamte in Disziplinarverfahren erkannten Geldstrafen getroffen worden. Dieselbe erfolgt nach § 4 Disz.- und Pensionsges. v. 7. Jan. 1884 tunlichst durch Einbehaltung von Gehalt.



α) Die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte sowie in das unbewegliche Vermögen erfolgt nach den §§ 828—871 Z.P.O. und dem Z.V.G.[14] Doch ist die Eintragung einer Sicherungshypothek nicht an die in § 866 Abs. 3 Z.P.O. vorgeschriebene Grenze von 300 Mark gebunden, sondern ohne Rücksicht auf die Höhe der Forderung zulässig.

β) Die Vollstreckung in bewegliche Sachen erfolgt auf dem Verwaltungswege.

aa) Diese Vollstreckung wird grundsätzlich durch das Gerichtsvollzieheramt, in Ritzebüttel und Bergedorf unter Aufsicht des Amtsrichters durch die Gerichtsvollzieher ausgeführt. Die Polizeibehörden sind jedoch befugt, soweit die Gesetze eine Zwangsvollstreckung durch sie zulassen, diese Vollstreckungen in eigenen Angelegenheiten innerhalb ihres Amtsbezirks durch eigene Beamte oder durch die Gemeindevorstände bewirken zu lassen (§ 3 Ges. betr. das Gerichtsvollzieherwesen vom 29. Dez. 1899).

bb) Auf das Vollstreckungsverfahren finden die §§ 803, 804, 811—813 Z.P.O. Anwendung. Die übrigen Vorschriften der Z.P.O. sind von der Anwendung ausdrücklich ausgeschlossen, doch hat die Instruktion für die Gerichtsvollzieher (§ 97) bez. des Verkaufs der im Verwaltungswege gepfändeten Gegenstände einen Teil der Vorschriften der Z.P.O. entsprechend für anwendbar erklärt.[15]

Hervorzuheben ist, daß die Zwangsvollstreckung durch Pfändung erfolgt, daß der Gläubiger durch die Pfändung ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande erwirbt und daß die Vorschriften des Reichsrechts über die unpfändbaren Sachen auch für diese Zwangsvollstreckung maßgebend sind.

2. Auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit gewährt das Reichsrecht dem Gericht die Befugnis, einzelne Handlungen zu gebieten oder zu verbieten.[16] Es befugt auch an einzelnen Stellen das Gericht, die Beteiligten durch Ordnungsstrafen zur Befolgung der Anordnungen anzuhalten,[17] doch hat es eine solche Vorschrift nicht all-

14) Vgl. über das Prüfungsrecht der Gerichte bez. der Zuständigkeit der Behörden zur Anordnung der Vollstreckung im konkreten Falle Beibl. 1895 Nr. 64, 71.

15) Nämlich die §§ 814, 816 Abs. 1, 3, 4, 817 Abs. 1—3, 818, 820, 821, 824.

16) Vgl. z. B. §§ 1666, 1667, 2361, 1507, 2368 B.G.B.

17) Vgl. z. B. §§ 78, 1788, 1837, 1875 B.G.B.; §§ 14, 37, 319, 325 Ziff. 9 H.G.B.; §§ 83, 132, 151, 159 F.G.G.

gemein gegeben.[18] In dieser Beziehung greift das Landesrecht ergänzend ein (§ 200 F.G.G.). Ebenso trifft das Reichsrecht über die Art der Vollstreckung von Anordnungen auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur einzelne Vorschriften.

a) Nach dem Landesrecht ist ganz allgemein dem Gericht wie der Vormundschaftsbehörde die Befugnis gewährt, zur Erzwingung einer Handlung Ordnungsstrafen anzuordnen, wenn die zu erzwingende Handlung ausschließlich vom Willen der betreffenden Person abhängt (§§ 3, 7 Hamb. F.G.G.), oder wenn die Unterlassung oder Duldung einer Handlung in Frage steht. Danach findet z. B. der Zwang nicht statt, wenn außer der betreffenden noch mehrere Personen bei der zu erzwingenden Handlung mitzuwirken haben, oder wenn neben dem Willen der Person noch besondere Geldmittel erforderlich sind.

Der Zwang findet aber auch ferner nicht statt, wenn das Gesetz ihn ausdrücklich untersagt; z. B. ist nach § 1670 Satz 2 B.G.B. zur Erzwingung der Sicherheitsleistung des Vaters eine andere Maßregel als die Entziehung der Vermögensverwaltung nicht zulässig.[19]

Die festgesetzte Ordnungsstrafe kann ganz oder teilweise aufgehoben werden, wenn die Nichtbefolgung der Anordnung genügend entschuldigt ist.[20]

b) Dem Gericht und der Vormundschaftsbehörde steht auch noch eine weitergehende Zwangsgewalt zu; es kann unmittelbarer Zwang angewendet werden, wenn eine Verfügung der unter a erwähnten Art ohne unmittelbaren Zwang nicht durchzuführen ist, z. B. weil Ordnungsstrafen ihren Zweck verfehlt haben oder von vornherein als aussichtslos erscheinen, oder wenn eine Person, insbesondere ein Kind,[21] oder eine Sache, z. B. ein unrichtiger Erbschein,[22] ein Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenbrief,[23] herausgegeben oder eine Sache

18) Vgl. Entsch. des R.G. 57 S. 134.

19) Die Ansichten darüber, ob der Vormund nach Beendigung seines Amtes zur Ablegung einer Schlußabrechnung und zur Zurückgabe der Bestallung durch Ordnungsstrafen angehalten werden kann, gehen auseinander. Vgl. Prot. der II. Komm. IV S. 820; Dernburg IV § 124 III, IV; Planck IV § 1892 Anm. 2, 1893 Anm. 2; Amtsger.Samml. 1902 S. 205, 355.

20) Mit der Aufhebung der Strafe fällt auch die Kostenpflicht fort (Amtsger.Samml. 1902 S. 352).

21) Vgl. §§ 1635, 1666 B.G.B.; § 13 Zwangserziehungsges. v. 11. Sept. 1907, § 9 Fürsorgeges. v. 11. Sept. 1907.

22) Vgl. §§ 2361, 2368 B.G.B.

23) Vgl. §§ 62, 70 G.B.O.

vorgelegt werden soll. In letzteren Fällen ist es für die Anwendung des unmittelbaren Zwanges nicht erforderlich, daß ohne solchen die Anordnung nicht durchzuführen wäre (§§ 4, 7 Hamb. F.G.G.).

α) Die Anordnung der Anwendung unmittelbaren Zwangs kann nur durch das Amtsgericht oder die Vormundschaftsbehörde erfolgen,[24] die Vollstreckung selbst erfolgt durch das Gerichtsvollzieheramt, in den Amtsgerichtsbezirken Ritzebüttel und Bergedorf durch die Gerichtsvollzieher.

β) Die Vorschriften der §§ 752, 758—763 und 790 Abs. 1 Z.P.O. über die Vollstreckung gegen Militärpersonen, über die Durchsuchung und gewaltsame Öffnung von Räumen und Behältnissen, über die Pflicht, Zeugen zuzuziehen, das Recht der Akteneinsicht, die Vornahme von Vollstreckungshandlungen zur Nachtzeit und die Errichtung eines Protokolls finden auch hierauf Anwendung.

γ) Die Kosten fallen dem Verpflichteten zur Last.

c) Endlich ist das Gericht oder die Vormundschaftsbehörde befugt, anzuordnen, daß, wenn bei einer nach den Vorschriften unter b vorgenommenen Vollstreckung die Person oder Sache nicht vorgefunden worden, der Verpflichtete zur Leistung des Offenbarungseides angehalten wird (§ 4 Abs. 3 Hamb. F.G.G.).

Die Norm des Eides ist dieselbe wie in der regulären Zwangsvollstreckung, der Eid ist dahin zu leisten, daß der Verpflichtete die Sache nicht besitze, auch nicht wisse, wo sich die Person oder Sache befinde, doch kann das Gericht eine entsprechende Änderung der Eidesnorm beschließen (§ 883 Abs. 2, 3 Z.P.O.). Im übrigen finden auf diesen Offenbarungseid dieselben Vorschriften wie nach der Z.P.O. Anwendung,[25] mit Ausnahme der Bestimmungen, welche das Vorhandensein eines privaten Gläubigers voraussetzen und das Verzeichnis über die geleisteten Eide betreffen.

d) Für die Ordnungsstrafen gelten folgende Bestimmungen:

α) Der Festsetzung der Strafe muß eine Androhung vorhergehen (§ 33 Satz 1 F.G.G.).

β) Die einzelne Strafe darf den Betrag von 300 Mark nicht übersteigen (§ 33 Satz 2 F.G.G.).

24 Vgl. Amtsger.Samml. 6 S. 63.

25) Es sind anwendbar die §§ 900 Abs. 1, 901, 902, 904—910, 912, 913 Z.P.O.

γ) Bei Festsetzung der Ordnungsstrafe ist der Beteiligte zugleich in die Kosten des Verfahrens zu verurteilen[26] (§ 5 Abs. 1 Hamb. F.G.G.).

δ) Die Vollstreckung der Ordnungsstrafen, welche vom Gericht oder von der Vormundschaftsbehörde festgesetzt sind, erfolgt nach den unter 1 b dargestellten Vorschriften (§§ 5 Abs. 2, 7 Hamb. F.G.G., 14 Ges. betr. die Vormundschaftsbeh.). Doch findet die Vollstreckung einer zur zwangsweisen Durchführung von Anordnungen festgesetzten Ordnungsstrafe in den Nachlaß des Verpflichteten nicht statt, wohl aber kann der Kostenanspruch in den Nachlaß vollstreckt werden.

II. Neben den Vorschriften des Reichsrechts über die Selbsthilfe[27] kommen landesrechtliche Bestimmungen nur vereinzelt in Betracht:

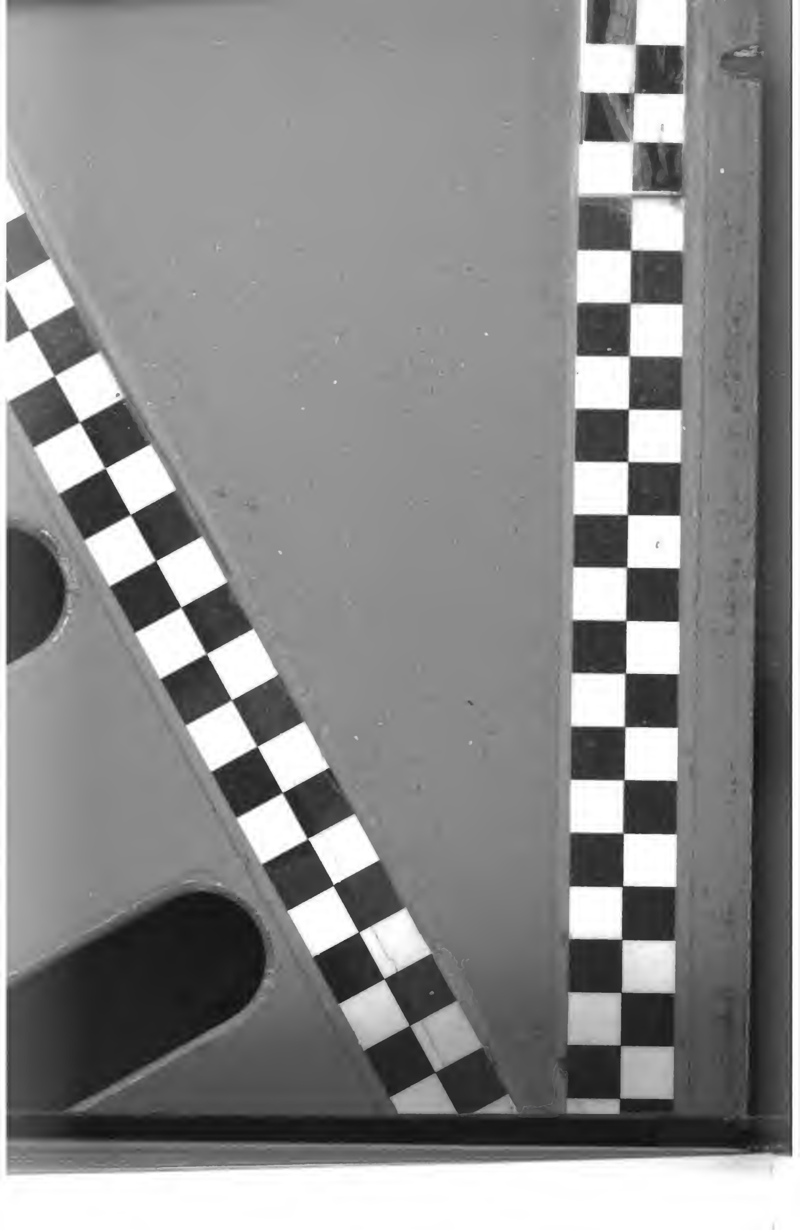
1. Dem Landesrecht ist gestattet, das Institut der Privatpfändung zum Schutze der Grundstücke und der Erzeugnisse von Grundstücken zu regeln (Art. 89 E.G. z. B.G.B.). Hiervon hat Hamburg Gebrauch gemacht und wird hierüber im Zusammenhange mit dem Pfandrecht gehandelt werden. S. § 109.

2. Auf dem Selbsthilferecht beruhen gewisse Vorschriften des Jagdrechts, die Befugnis, auf seinem Hofraum und Garten Raubwild zu fangen und im Jagdgebiet aufsichtslos umherstreifende Hunde und Katzen zu töten. Hierüber wird im Zusammenhang mit dem Jagdrecht gehandelt werden. S. § 85 III 4 c.

3. Nach dem Gesetz vom 11. November 1892 betr. Maßregeln gegen umherstreifende Katzen[28] dürfen in den Städten Hamburg und Bergedorf umherstreifende Katzen in Privatgärten von den berechtigten Inhabern derselben oder deren Beauftragten, in öffentlichen Anlagen von den Beauftragten der zuständigen Behörden eingefangen und getötet werden.

Ob dieses Gesetz aufrechterhalten ist, ist fraglich. Einer vorbehaltenen Materie gehört es nicht an, da es mit dem Jagdrecht nicht im Zusammenhang steht. Daher ist es nur im Rahmen der gestatteten Selbsthilfe gültig, d. h. soweit die Beseitigung der Katzen zur Abwendung einer drohenden Gefahr erforderlich ist und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht (§ 228 B.G.B.). Insoweit hat aber jeder Private das Recht schon auf Grund des Reichsrechts, so daß dieses Gesetz als beseitigt gelten muß.

26) Vgl. § 98 Hamb. Gerichtskostenges. v. 29. Dez. 1899.
27) Vgl. §§ 227—231, 859 B.G.B.
28) Vgl. Wulff II S. 317.



§ 37. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

I. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewirkt, daß durch richterlichen Spruch juristischen Tatsachen die rechtliche Wirkung, die sie ausüben, wieder entzogen wird. Dieses Rechtsinstitut ist in das B.G.B. nicht aufgenommen worden. Es sind lediglich einzelne Fälle (§§ 203, 1996 B.G.B.) in das Gesetzbuch aufgenommen worden, die man vielleicht unter den Begriff der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unterordnen kann.[1]

Ist somit auch die restitutio in integrum als solche beseitigt, so kann sie doch noch Bedeutung haben für das vorbehaltene Recht und für solche Tatbestände, welche unter altem Recht eingetreten sind.

1. Das Hamburgische Ausführungsrecht bestimmt über die Aufrechterhaltung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nichts. Daher ist dieselbe auch für das vorbehaltene Landesrecht außer Kraft getreten, denn die Vorschriften, welche dies Rechtsinstitut betreffen, sind mit keiner Materie des vorbehaltenen Rechts so eng verwachsen, daß sie als zu dieser Materie gehörig anzusehen sind.

2. Dagegen kann die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei solchen Tatbeständen, die unter dem alten Recht eingetreten sind, auch heute noch stattfinden.[2] Denn ein vor dem 1. Januar 1900 dem ganzen Tatbestand nach begründetes Rechtsverhältnis wird, wenn nicht besondere Gründe für die gegenteilige Annahme vorliegen, sowohl hinsichtlich seiner Voraussetzungen als seines Inhalts und seiner rechtlichen Wirkungen nach dem bisherigen Rechte beurteilt; im Zweifel ist bei solchen Rechtsverhältnissen eine Rückwirkung des Gesetzes ausgeschlossen. Das Recht auf Wiedereinsetzung berührt aber den Inhalt wie die rechtlichen Wirkungen der unter altem Recht begründeten Rechtsverhältnisse auf das engste, da es diesen Inhalt wie die Wirkungen wieder aufheben will.

Demnach ist hier ein kurzer Überblick über das frühere Recht betr. die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu geben.

II. Das früher geltende Recht war für Hamburg grundsätzlich das des gemeinen Rechts, welches nur nach einer Richtung durch Art. 61 der Vormundschaftsordn. vom 14. Dez. 1883 beschränkt war.[3]

---

1) Vgl. Mot. z. Entw. I des B.G.B. I S. 393; Entsch. des R.G. 54 S. 151; Crome, System I S. 500.

2) Vgl. Habicht (3. Aufl.) S. 134; Entsch. des R.G. 54 S. 154; a. M. das durch dieses Urt. aufgehobene Urt. des O.L.G. in Beibl. 1902 Nr. 143.

3) Vgl. Wulff (1. Aufl.) II S. 367.

1. Gründe der Wiedereinsetzung.

a) Der wichtigste Grund, der zum Verlangen der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand berechtigt, ist der der Minderjährigkeit.[4] Minderjährigen wird die Wiedereinsetzung gewährt gegen die rechtlichen Nachteile, in welche sie infolge ihres jugendlichen Alters geraten sind, und zwar selbst wenn sie im Beistande ihrer Vormünder gehandelt haben. Doch ist letzterenfalls Voraussetzung für die Wiedereinsetzung, daß der Vormund es an der gehörigen Vorsicht hat fehlen lassen oder sonst zum Nachteile seines Mündels etwas versehen hat.

Das Recht des Fiskus, den Minderjährigen in dieser Beziehung gleichgestellt zu werden, ist in Hamburg nicht anerkannt gewesen.[5]

Ausgeschlossen ist die Wiedereinsetzung der Minderjährigen nach Art. 61 Vormundschaftsordn. vom 14. Dezember 1883:

α) wenn die Vormünder mit Genehmigung der Vormundschaftsbehörde gehandelt haben;

β) wenn eine Handlung, Fabrik oder ein sonstiges Geschäft fortgesetzt wird, hinsichtlich der darauf bezüglichen Rechtsgeschäfte;

γ) wegen solcher an die Vormünder geleisteter Zahlungen und solcher mit ihnen abgeschlossener Rechtsgeschäfte, zu welchen die Erlaubnis der Behörde nach dem Vormundschaftsrecht nicht eingeholt zu werden braucht.

Des weiteren fällt die Wiedereinsetzung auch in denjenigen Fällen fort, in denen sie nach dem gemeinen Recht nicht zulässig war.[6]

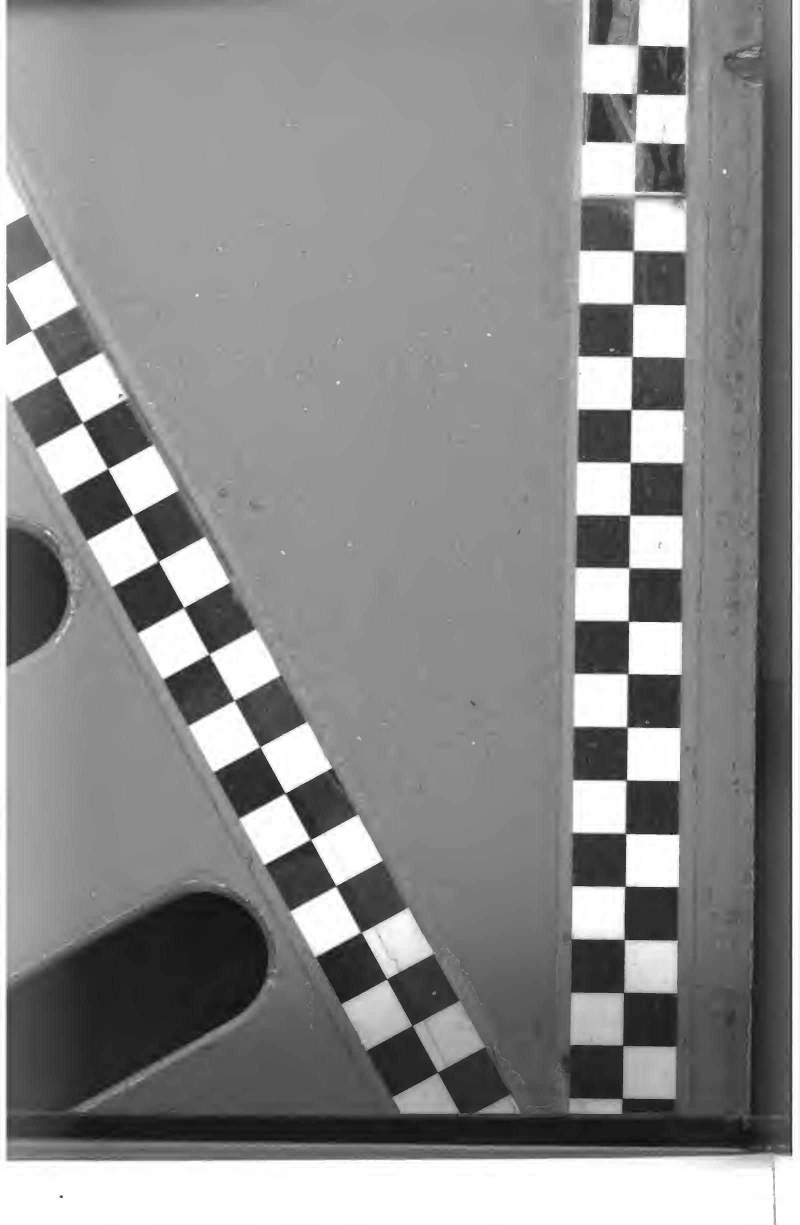
b) Ferner kommen als Grund für die Wiedereinsetzung: Zwang, Betrug, Irrtum in Betracht, doch ist das Anwendungsgebiet im einzelnen sehr bestritten.[7]

c) Endlich wird die Wiedereinsetzung wegen Versäumnis, vor allem Abwesenheit oder wegen Geschäftsunfähigkeit und mangelnder Vertretung desjenigen, in betreff dessen eine Handlung vorgenommen werden soll, gewährt.

2. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird geltend gemacht durch ein, in Form einer gegen denjenigen, zugunsten dessen die verletzende rechtliche Wirkung eingetreten ist, oder seine Gesamtnachfolger gerichteten Klage, erhobenes Restitutionsgesuch. Damit

---

4) Vgl. Windscheid-Kipp I § 117.
5) Vgl. Beibl. 1871 Nr. 70, 194.
6) Vgl. Windscheid-Kipp I § 117.
7) Vgl. Windscheid-Kipp I § 118.



kann eine Feststellungsklage bez. der nach Aufhebung der rechtlichen Wirkungen des betr. Rechtsgeschäfts eintretenden Folgen verbunden werden.[8]

3. Die Wiedereinsetzung muß binnen 4 Jahren vom Wegfall des Wiedereinsetzungsgrundes, bei Minderjährigen vom Tage der erreichten Volljährigkeit an verlangt werden.[9] Auf den Zeitpunkt der Kenntnis der Verletzung kommt es nicht an.

4. Die Wirkung der Wiedereinsetzung ist Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes zu Gunsten wie zu Lasten des Wiedereingesetzten.

§ 38. Sicherheitsleistung.

Über die Sicherheitsleistung enthält das Reichsrecht, sowohl hinsichtlich der Verpflichtung,[1] wie hinsichtlich der Art und Weise,[2] eine Reihe von Vorschriften. Diese finden ihre Ergänzung im Landesrecht. Nach Art. 90 E.G. z. B.G.B. bleiben die Rechtsverhältnisse unberührt, welche sich aus einer auf Grund des öffentlichen Rechtes wegen der Führung eines Amtes oder wegen eines Gewerbebetriebes erfolgten Sicherheitsleistung ergeben.

I. Nach § 69 Z.V.G. ist die Sicherheitsleistung bei der Zwangsversteigerung durch Hinterlegung von Geld oder inländischen Wertpapieren zu bewirken. § 10 Ziff. 2 E.G. z. Z.V.G. gestattet eine landesrechtliche Anordnung, wonach die Sicherheit auch durch Stellung eines Bürgen nach § 239 B.G.B. geleistet werden darf.

Hamburg hat von diesem Vorbehalt Gebrauch gemacht. Nach dem Ermessen des Vollstreckungsgerichts kann die Sicherheit auch durch Stellung eines Bürgen geleistet werden (§ 4 A.G. z. Z.V.G.). Der Bürge ist tauglich, wenn er seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande hat, ein angemessenes Vermögen besitzt und sich als Selbstschuldner verbürgt (§ 239 B.G.B.).

---

8) Vgl. Windscheid-Kipp I § 120, bes. Anm. 9; Burchardi, Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 421 f.; Entsch. des R.G. 54 S. 151.

9) Vgl. Windscheid-Kipp I § 120; Beibl. 1903 Nr. 135 II. § 86 des Reichs-Deputationsabschieds von 1600, welcher dem Verletzten bloß diejenige Frist gewährt, die er verloren hatte, ist eine prozessuale Vorschrift und daher durch die Z.P.O. beseitigt (Beibl. 1903 Nr. 135 I; a. M. 1902 Nr. 160).

1) Vgl. z. B. §§ 1039, 1051, 1067, 1218, 1391, 1668, 1884, 1889, 2128 B.G.B.

2) Vgl. §§ 232—240 B.G.B.

Dagegen hat Hamburg keinen Gebrauch von dem Vorbehalt des § 10 Ziff. 1 E.G. gemacht, wonach für das Gebot einer kommunalen Körperschaft Sicherheit nicht gefordert werden kann. Mithin haben die Gemeinden Sicherheit zu leisten.[3]

II. Früher war eine Anzahl von Beamten, darunter die Notare, deren Beamteneigenschaft bis zum Erlaß des Notariatsges. vom 29. Dezember 1899 allerdings zweifelhaft war, zur Stellung einer amtlichen Sicherheit verpflichtet.[4] Diese Verpflichtung ist durch das Notariatsgesetz vom 29. Dezember 1899 (§ 45) für die Notare, durch das Gesetz vom 22. April 1901 für alle übrigen Hamburgischen Beamten aufgehoben worden.[5]

Die bis dahin hinterlegten Sicherheiten sind vom 1. Juli 1901 ab zurückgegeben worden, soweit nicht bis dahin ein Anspruch erhoben war, für welchen die Sicherheit zu haften hatte; in Höhe des erhobenen Anspruches ist die Rückgabe bis zur endgültigen Entscheidung über den Anspruch ausgesetzt worden.

III. Nach § 153 Abs. 2 Z.V.G. kann das Gericht dem Zwangsverwalter eine Sicherheit auferlegen. Über die Art der Sicherheit entscheidet das Gericht. Nach der Verf. vom 1. Januar 1900 betr. die Geschäftsführung usw. der Verwalter soll, falls eine besondere Entscheidung des Gerichts nicht ergeht, die Sicherheit in Geld, Wertpapieren oder in das Reichs- oder ein Staatsschuldbuch eingetragenen Forderungen geleistet werden. Mit Wertpapieren oder Buchforderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat kann die Sicherheit nur nach Maßgabe der §§ 234, 236 B.G.B., d. h. im wesentlichen nur in Höhe von drei Viertel des Kurswertes der Papiere geleistet werden.[6]

IV. Verpflichtet zu einer Sicherheitsleistung sind die Dienstmänner im Bezirk der Stadt Hamburg.[7]

1. Die Sicherheit beträgt bei selbständigen Dienstmännern 15 Mk., bei Unternehmern eines Dienstmannsinstituts wird nach Lage des Falles die Höhe von der Polizeibehörde bestimmt. Sie ist in barem Gelde bei

---

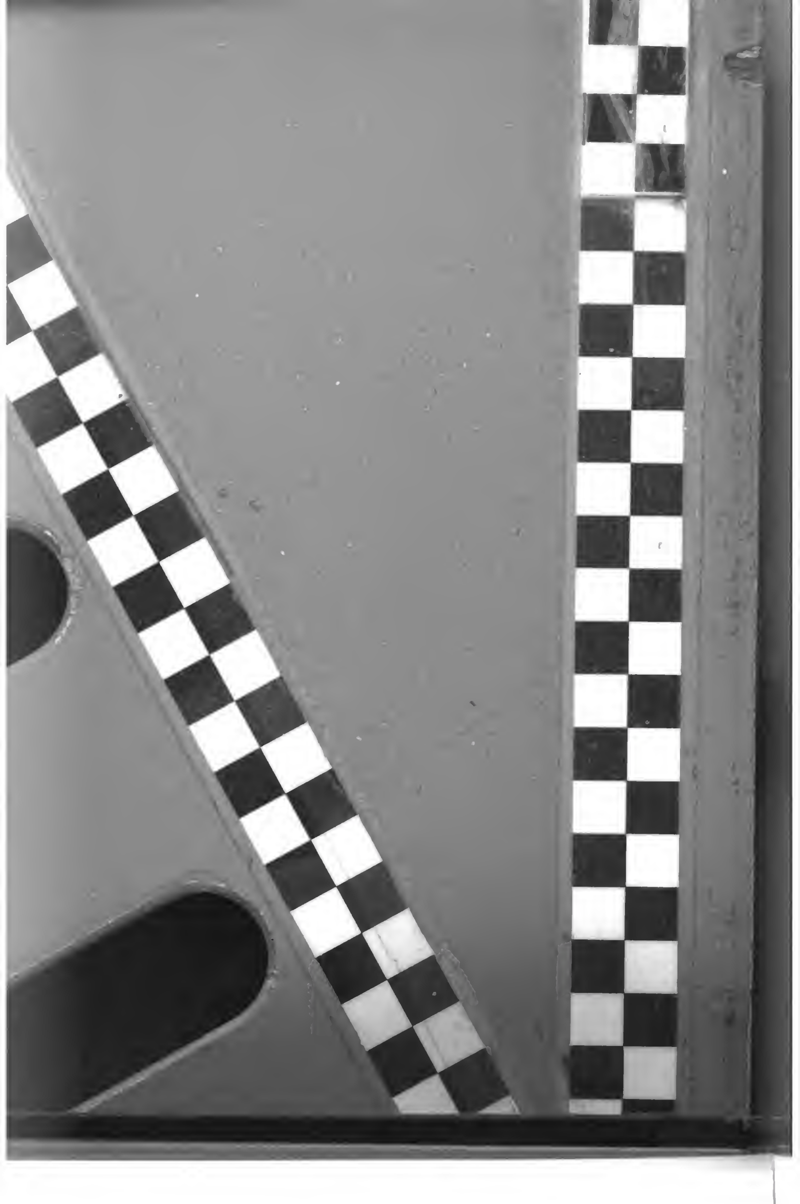
3) Nach dem jetzt geltenden Notariatsges. v. 29. Dez. 1899 (§ 1) sind die Notare zweifellos öffentliche Beamte.

4) Vgl. § 8 Abs. 7 Rev. Ges. über die Organ. der Verwaltung vom 2. Nov. 1896.

5) Vgl. Wulff I S. 202, III S. 335.

6) Vgl. § 4 Abs. 2 Verf. v. 1. Jan. 1900 betr. die Geschäftsführung usw. der in der Zwangsverwaltung bestellten Verwalter (Wulff III S. 408).

7) Vgl. § 2 Dienstmannsordn. v. 12. März 1905 (Wulff IV S. 327).



der Polizeikasse zu hinterlegen und wird von der Polizeibehörde zugunsten des Eigentümers bei der Neuen Sparkasse angelegt.

2. Die geleistete Sicherheit dient als **Pfand**. Das Pfandrecht entsteht von Rechts wegen mit der Hinterlegung (§ 233 B.G.B.). Es dient zur **Sicherung**

a) der **Geldstrafen**, welche der Dienstmann verwirkt;

b) der **Ansprüche**, welche den **Auftraggebern** aus dem Dienstvertrage und den bei Gelegenheit der Dienstleistung begangenen unerlaubten Handlungen zustehen.

3. Die **Verwirklichung der Ansprüche** erfolgt nach den Vorschriften über das vertragsmäßige Pfandrecht, welche auch auf dieses gesetzliche Pfandrecht Anwendung finden,[8] insbesondere ist der Gläubiger nach § 1282 B.G.B. zur Einziehung der Forderung seines Schuldners auf Rückerstattung des Geldes befugt.

4. Ist die **Sicherheit gemindert**, so ist sie binnen 14 Tagen auf ihre ursprüngliche Höhe zu **ergänzen**.

5. Die **Rückgabe der Sicherheit** erfolgt, wenn innerhalb 2 Wochen nach der Rückgabe des Konzessionsscheins Ansprüche an die Kaution nicht angemeldet und innerhalb weiterer 4 Wochen nicht beim zuständigen Gericht anhängig gemacht sind. Diese Fristen sind Ausschlußfristen.

8) Vgl. §§ 1257, 1273 Abs. 2 B.G.B.

Zweites Buch.

Recht der Schuldverhältnisse.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften.

§ 39. Die Geldschuld.

I. Über die Frage, in welcher Münzsorte eine Geldschuld zu zahlen ist, entscheiden die Vorschriften des Reichsrechts (§§ 244, 245 B.G.B.).

Danach ist eine Geldschuld in Reichswährung zu zahlen, wenn sie in einer bestimmten Münzsorte zu zahlen ist, die sich zur Zeit der Zahlung nicht mehr im Umlaufe befindet. Die in alter Währung ausgedrückte Summe ist umzurechnen, und zwar gilt eine Mark Courant gleich 1,20 Mk. und eine Mark Banko gleich 1,50 Mk., wozu bei Spezies-Banko ein Aufschlag von 1⁵/₈ per Mille hinzutritt.[1]

Das alte Geld, welches bei Renten in Betracht kommt (s. § 102 I 3 d), wird auf Grund des Münzedikts von 1622 umgerechnet.[2]

II. Die Zinsen.

Hinsichtlich der Höhe des gesetzlichen Zinsfußes ist zu beachten:

1. Soweit das Rechtsverhältnis dem B.G.B. unterliegt, kommen auch die Zinsvorschriften des neuen Rechts auf dasselbe zur Anwendung.

2. Soweit das Rechtsverhältnis dem vorbehaltenen Landesprivatrecht oder dem öffentlichen Recht angehört, steht der Landesgesetzgebung die Befugnis zu, den Zinsfuß abweichend vom B.G.B. zu normieren.

---

1) Vgl. Ges. v. 11. Nov. 1872 betr. Umwandlung der Hamb. Bankvaluta (Wulff III S. 308).

2) Vgl. Wulff III S. 303.



Eine ausdrückliche Vorschrift ist hierüber für Hamburg beim Inkrafttreten des B.G.B. nicht getroffen worden. Danach ist anzunehmen, daß, falls für das betreffende Rechtsverhältnis nicht besondere Zinsvorschriften gegeben sind, diese Vorschriften jetzt aus dem neuen und nicht aus dem früheren bürgerlichen Recht ergänzt werden, daß also, soweit das Gesetz über die Höhe der gesetzlichen Zinsen schweigt, das neue Recht hierfür maßgebend ist.

Eine besondere Bestimmung über die Zinsen trifft die Leihhaus-Ordnung vom 29. Dezember 1882, und zwar in Höhe von 1 % für den Monat.[3] Ferner ist die Vorschrift des § 130 Baupolizeiges. aufrechterhalten worden, nach welcher die Siel- und Straßenbeiträge durch eine während 30 Jahre mit 6 % bezw. 5 %[4] vom Kapital zu erhebende Rente abgelöst werden können. Weiter wird nach § 12 Hinterlegungsordnung vom 14. Juli 1899 (s. § 40) der Zinssatz für bei der Hinterlegungsstelle hinterlegtes Geld vom Senate bestimmt.

3. Die streitige Frage,[5] ob auf Grund eines vor 1900 eingetretenen Verzugs vom Inkrafttreten des B.G.B. Verzugszinsen nach altem oder neuem Recht zu berechnen sind, ist für Hamburg gesetzgeberisch nicht gelöst.[6] Die Praxis der Hamburgischen Gerichte hat aber seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts konstant dahin entschieden,[7] daß der Verzug mit jeder neuen Zeiteinheit entsteht und daher vom 1. Januar 1900 an die Verzugszinsen nach neuem Recht zu berechnen sind.

III. Leistungsort bei Geldschulden.

Geldschulden sind nach dem B.G.B. Bringschulden,

3) Die frühere Zinsbeschränkung für die privaten Pfandleiher (Ver. v. 8. Okt. 1789 Art. 4) ist durch § 15 Ges. betr. die Pfandleiher vom 28. Juni 1871 aufgehoben und in die jetzt geltende Pfandleiherordn. v. 10. Dez. 1880 nicht wieder aufgenommen (s. § 108 IV 1). Die Verzugszinsen bei Einkommensteuerhinterziehungen, welche früher (§ 13 Ges. vom 22. Febr. 1895) 5 % betrugen, sind durch § 17 Ges. v. 2. Febr. 1903 mit dem Reichsrecht in Einklang gebracht und auf 4 % herabgesetzt worden. Im Enteignungsverfahren ist der Zinsfuß für die Entschädigungssumme schon seit längerer Zeit gewohnheitsrechtlich auf 4 % festgesetzt (s. § 82 V 4). — Über die im alten Recht streitige Frage, ob das frühere Verbot des Anatozismus durch § 33 E.G. z. H.G.B. v. 22. Dez. 1865 aufgehoben worden ist, vgl. Niemeyer S. 140 f.

4) Vgl. bez. der Sielbeiträge Ges. v. 26. Jan. 1906 (Ges.Samml. 1906 I S. 3).

5) Literatur und Rechtsprechung hierüber s. bei Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen zum B.G.B. und den Nebengesetzen, 1. Jahrg. zu Art. 170 E.G. z. B.G.B.

6) Für Bayern ist dies geschehen (Oertmann S. 179).

7) Vgl. Beibl. 1900 Nr. 14 und Nr. 26, wo die Judikatur des O.L.G. über diese Frage zusammengestellt ist, auch Nr. 46.

d. h. der Schuldner hat das Geld im Zweifel auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln (§ 270 B.G.B.).

Nach Art. 92 E.G. z. B.G.B. kann jedoch das Landesrecht anordnen, daß Zahlungen aus öffentlichen Kassen an der Kasse in Empfang zu nehmen sind. Von diesem Vorbehalt hat Hamburg in beschränktem Maße Gebrauch gemacht (§ 23 A.G. z. B.G.B.).

1. Der Grundsatz des Reichsrechts bleibt bestehen für den Fall, daß

a) der Gläubiger zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung nicht an dem Orte gehabt hat, an welcher sich die öffentliche Kasse befindet.

b) der Gläubiger ein Bankkonto hat und dieses der öffentlichen Kasse bekannt ist. Dann kann der Gläubiger von der Kasse Zuschreibung des Betrages auf sein Konto fordern. Will die Kasse auf diese Weise nicht zahlen, so muß sie dem Gläubiger das Geld übersenden, kann aber nicht die Abholung verlangen.

2. In den übrigen Fällen muß der Gläubiger eine Zahlung aus einer öffentlichen Kasse an der Kasse in Empfang nehmen.

a) Öffentliche Kassen sind die Kassen des Fiskus und der anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, des Landes- und des Reichsrechts. z. B. die Gemeindekassen, die Kassen der öffentlichen Hinterlegungsstellen, die Feuerkasse, die Dienstbotenkrankenkasse, die Kirchenkassen usw.[8]

Hierzu gehören aber nicht die Kassen der bloß gemeinnützigen Anstalten, z. B. der staatlichen Leihhäuser.[9]

b) Es genügt nicht, daß eine juristische Person des öffentlichen Rechts einen Geldbetrag schuldet. Um derartig privilegiert zu sein, muß die juristische Person eine Kasse haben, d. h. eine für die Entgegennahme, Aufbewahrung und Auszahlung von Geld ausdrücklich bestimmte, dauernd eingerichtete und entsprechend ausgerüstete Stelle.[10]

c) Zu welchem Zwecke die Zahlung erfolgt, ob zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, was regelmäßig der Fall sein wird, oder aus einem anderen Grunde, z. B. zur Gewährung eines Darlehns, ist unerheblich.[11]

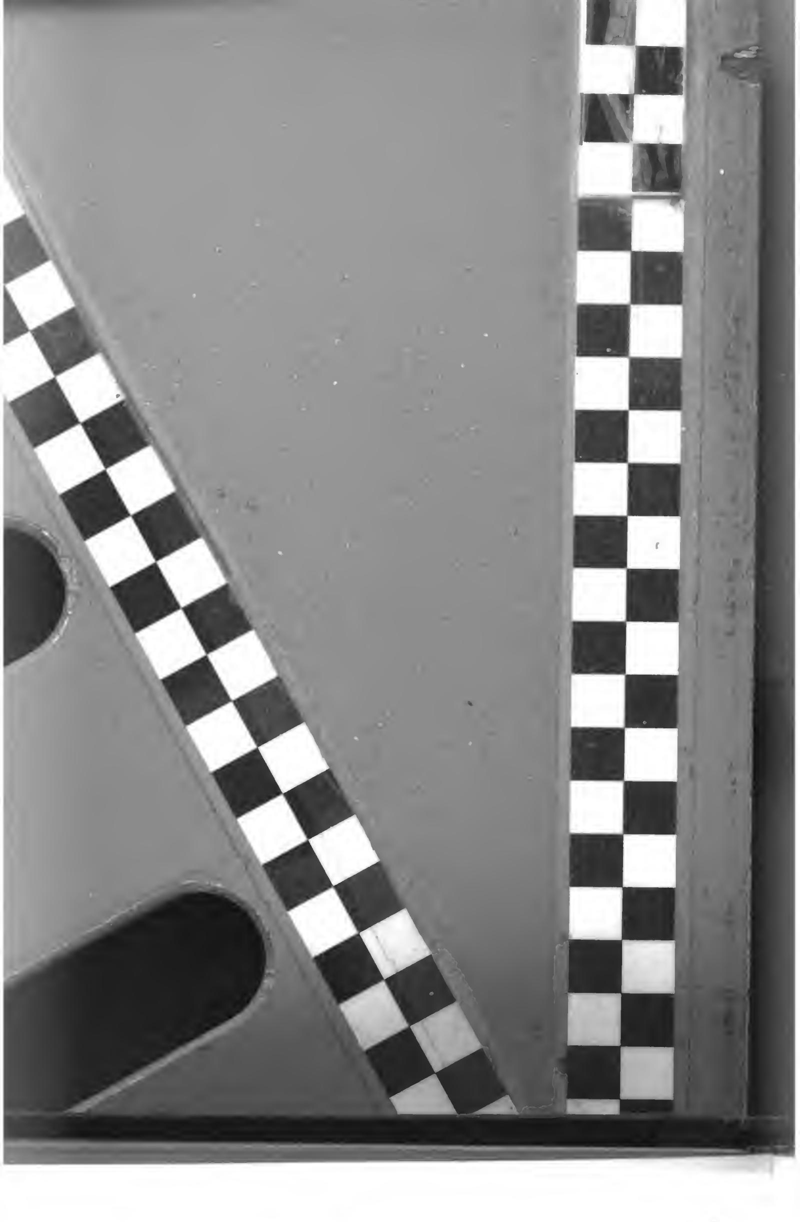
---

8) Vgl. Wulff III S. 12 Anm. 11; Planck VI Art. 92 Anm. 1; Kloß S. 61.

9) Vgl. Kisch S. 246. Bez. der öffentlichen Sparkassen vgl. S. 147.

10) Vgl. Kloß S. 61.

11) So mit Recht Kisch S. 246. A. M. Oertmann S. 184, Kloß S. 61, welche hier nur den Fall einer Zahlung zum Zweck der Erfüllung im Auge haben. Das Wort Zahlung wird aber im B.G.B. gar nicht ausschließlich in diesem Sinne, sondern auch in demjenigen der einfachen Geldhingabe ge-



d) Da auf die öffentlichen Kassen § 270 B.G.B., nach welchem der Schuldner Geld im Zweifel auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln hat, keine Anwendung findet, treffen den Empfangsberechtigten Gefahr und Kosten einer Übersendung durch die Post. Doch können ihm diese Nachteile nicht gegen seinen Willen auferlegt werden. Die Übersendung durch die Post darf deshalb nur auf Antrag des Gläubigers oder nur dann erfolgen, wenn aus andern Gründen mit Bestimmtheit anzunehmen ist, daß die Übersendung den Wünschen des Gläubigers entspricht. In der Regel wird die Kassenverwaltung eine Bestimmung des Gläubigers abzuwarten haben.

e) Abgesehen von der Verpflichtung, das Geld an der öffentlichen Kasse abzuholen, bleiben die Vorschriften des B.G.B. über den Leistungsort auch für Geldschulden bestehen. Ebenso bezieht sich die Vorschrift des § 23 A.G. nicht auf Zahlungen a n öffentliche Kassen. Diese unterstehen dem Reichsrecht, sind also Bringschulden. Doch werden die Beiträge für die D i e n s t b o t e n k r a n k e n k a s s e (§ 8 Gesetz vom 17. Juli 1903) regelmäßig bei dem Dienstherrn abgeholt, auch werden die Beiträge zur I n v a l i d i t ä t s v e r s i c h e r u n g mit einzelnen Ausnahmen von den Krankenkassen eingezogen.[12] Ein Recht auf Abholung besteht indessen für den Verpflichteten nicht, vielmehr kann er nur beanspruchen, daß die Beiträge einmal bei ihm „eingefordert" werden. Erst nach dieser Einforderung befindet er sich im Verzuge.

3. Besonders geregelt ist die Empfangnahme der h i n t e r l e g t e n G e l d b e t r ä g e bei den ö f f e n t l i c h e n H i n t e r l e g u n g s s t e l l e n (§§ 30, 31 Hinterlegungsordn.). S. § 40 VI 2b.

4. Eine besondere Bestimmung ist in § 17 Gesetz vom 14. April 1902 betr. das Hamburgische Staatsschuldbuch für die Zahlung der Zinsen der in das Hamburgische S t a a t s s c h u l d b u c h eingetragenen Papiere getroffen worden.[13] Diese Zinsen werden per Bank oder Kasse bezahlt, oder aber auf Gefahr und Kosten des Gläubigers diesem durch

braucht, z. B. in den §§ 339, 342, 359, so daß nicht abzusehen ist, weshalb es in Art. 92 E.G. und § 23 A.G. in einem beschränkteren Sinne gebraucht sein soll. Auch die ratio der Ausnahmebestimmung ist bei Zahlungen aus öffentlichen Kassen in allen Fällen die gleiche.

12) Vgl. Sen.-Ver. v. 18. Dez. 1899 betr. die Ausführung des Invalidenversicherungsges. v. 13. Juli 1899 §§ 4, 5.

13) Vgl. Wulff III S. 85. S. § 54 unter IV 2, 3. Vgl. auch Art. 5 der Ausführungsbest. v. 5. Sept. 1902 (Ges.Samml. 1902 II S. 97).

die Post zugesandt, falls der Gläubiger im Deutschen Reiche wohnt oder einen Empfangsberechtigten innerhalb des Deutschen Reiches benennt.

5. Eine weitere Bestimmung betrifft die Auszahlung der nach dem Teilungsplan im Zwangsversteigerungsverfahren geschuldeten Beträge an die im Termin nicht erschienenen Berechtigten. Die Art dieser Auszahlung soll sich nach den Landesgesetzen bestimmen (§ 117 Abs. 2 Z.V.G.).

Ein solcher Betrag ist dem Berechtigten auf seine Gefahr und Kosten durch die Post zu übersenden, wenn (§ 6 A.G. z. Z.V.G.)

a) der Berechtigte zu Protokoll oder evtl. auf Verlangen des Vollstreckungsgerichts in öffentlich beglaubigter Form dies beantragt hat und

b) die Posteinrichtungen eine solche Übersendung zulassen.[14]

Kann die Auszahlung nicht erfolgen, so ist der Betrag für den Berechtigten zu hinterlegen und kommen dann für die Empfangnahme die Vorschriften über die Empfangnahme hinterlegter Beträge zur Anwendung (s. unter 3).

§ 40. Die öffentliche Hinterlegung.

I. Das Reichsrecht und das Landesrecht schreiben eine öffentliche Hinterlegung von Sachen in vielen Fällen vor.[1]

Diese Hinterlegung erfolgt zu verschiedenen Zwecken, bald zur Sicherheitsleistung, bald um die zu Ungunsten eines Berechtigten erfolgende Einwirkung eines Andern auf die Sache auszuschließen, bald als Surrogat der Erfüllung einer Verbindlichkeit. Letzteres ist von besonderer Bedeutung. Der Schuldner kann gewisse Leistungsobjekte bei einer öffentlichen Stelle für den Gläubiger hinterlegen, wenn dieser im Verzuge der Annahme ist oder wenn aus einem anderen, in seiner Person liegenden Grunde oder infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über seine Person, der Schuldner nicht oder nicht sicher erfüllen kann (§ 372 B.G.B.).

---

14) Vgl. §§ 17, 20 der Postordnung v. 23. März 1900.

1) Vgl. besonders §§ 52, 232 ff., 268, 352 ff., 432, 489, 660, 1077, 1082, 1142, 1171, 1224, 1249, 1269, 1281, 1392, 1525, 1667, 1716, 1808, 1814, 1818, 1819, 1960, 2039, 2114, 2116 B.G.B.; §§ 290, 301, 624 H.G.B.; Art. 25, 40, 73, 98 W.O.; §§ 75, 108, 713, 720, 805, 815, 817, 819, 827, 839, 853, 854, 858, 868, 885, 923, 930, 934, 987 Z.P.O.; §§ 67, 78, 129, 132, 137, 169 K.O.; §§ 49, 65, 69, 85, 94, 107, 115, 117, 120, 126 Z.V.G.; §§ 117, 174, 419, 432, 468 S.P.O.; § 73 Ges. betr. Gesellsch. mit beschr. Haft. Ferner vgl. aus dem Landesrecht §§ 38 ff. A.G. z. B.G.B.; § 33 Expropriationsges.; § 14 Ges. betr. das Staatsschuldbuch.

2. Das Reichsrecht bestimmt die Hinterlegungsstelle selbst nur in einzelnen Fällen, z. B. ordnet es die Hinterlegung bei der Reichsbank[2] an. Im übrigen ist die Bestimmung über die Einrichtung der Hinterlegungsstelle selbst, ihre sachliche und örtliche Zuständigkeit dem Landesrecht überlassen worden (Art. 144 E.G. z. B.G.B.).

Hierin liegt aber nicht die Befugnis, auch die Bestimmung über den Leistungsort hinsichtlich einer Verbindlichkeit zu treffen. Diese Bestimmung gehört dem Reichsrecht an.

Wie die Bestimmung der Hinterlegungsstelle selbst, so liegt der Landesgesetzgebung auch die Bestimmung über das Verfahren bei der Hinterlegung, insbesondere über den Nachweis der Empfangsberechtigung, den Übergang der hinterlegten Gelder und Wertpapiere in das Eigentum des Fiskus gegen die Verpflichtung zur Rückerstattung und über den Verkauf hinterlegter Sachen ob (Art. 145 E.G. z. B.G.B.).

II. Die Hinterlegungsstelle.

1. Hamburg hat das öffentliche Hinterlegungswesen mit dem Inkrafttreten des B.G.B. durch die Hinterlegungsordnung vom 14. Juli 1899[3] geregelt. Als Hinterlegungsstellen sind die Amtsgerichte bestimmt worden (§ 1 Hinterlegungsordn.). Zuständig für die Hinterlegung ist nur die Hinterlegungsstelle des zuständigen Amtsgerichts. Diese ist zur Annahme der Hinterlegung verpflichtet. Hinterlegung bei einer unzuständigen Hinterlegungsstelle verpflichtet unter Umständen zum Schadensersatz (vgl. z. B. § 374 B.G.B.).

Vorstand der Hinterlegungsstelle ist bei dem Amtsgericht zu Hamburg der mit der Leitung der Gerichtskasse betraute Amtsrichter, bei den Amtsgerichten zu Ritzebüttel und zu Bergedorf der Amtsrichter.

Das Verfahren in Hinterlegungssachen richtet sich nicht nach den für die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltenden,

---

2) Vgl. §§ 1082, 1392, 1808, 1814, 2116 B.G.B.

3) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 122; Wulff III S. 311. Früher war das Hinterlegungswesen in Hamburg nicht einheitlich geregelt. Öffentliche Hinterlegungsstellen, welche zur Annahme von Hinterlegungen verpflichtet waren, bestanden in Hamburg nicht. Doch nahmen das Amts- und das Landgericht, die Finanzdeputation und das Depositokonto der Vormundschaftsbehörde Hinterlegungen an. Dieser Rechtszustand genügte, da nach dem früheren Recht (s. Urt. des R.G. in Beibl. 1902 Nr. 17) die Hinterlegung grundsätzlich nicht bei einer Behörde zu erfolgen brauchte, vielmehr das Gericht zu bestimmen hatte, an welchem Orte die Deposition zu erfolgen hatte. Überdies war nach früherem Recht die Zahl der Hinterlegungsfälle eine sehr viel geringere, als nach heutigem Recht.

sondern nach den für Justizverwaltungssachen maßgebenden (§ 1 Hamb. F.G.G.) Bestimmungen.

2. Als besondere Hinterlegungsstelle fungiert im Falle des § 45 Forst- und Feldfrevelgesetz die Ortspolizeibehörde (s. § 109 IV 3 c), im Falle der Hinterlegung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung bei Dienstbotenstreitigkeiten die Polizeibehörde.[4] Von diesen Fällen ist im folgenden nicht die Rede.

III. Nach § 372 B.G.B. sind nur Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten zur Hinterlegung von seiten des Schuldners geeignet. Art. 145 E.G. gestattet, den Kreis der hinterlegbaren Sachen mit der Rechtswirkung des Reichsrechts zu erweitern, doch hat Hamburg von dieser Befugnis einen Gebrauch nicht gemacht. Vielmehr bestimmt § 1 Hinterlegungsordn. den Kreis der zur Hinterlegung geeigneten Sachen ebenso wie das Reichsrecht.

Es können also hinterlegt werden:

1. Bares Geld,[5] und zwar kassenmäßiges Geld, d. h. Geld, welches von Staatskassen kraft Gesetzes anzunehmen ist, also Währungsmünzen, Reichskassenmünzen. Die Hinterlegungsstelle kann bei einer Hinterlegung von Geld verlangen, daß der Hinterleger das Geld an das von der Hinterlegungsstelle zu bezeichnende Bankkonto abschreibe oder bei der betreffenden Bank für sie einzahle, soweit daraus für den Hinterleger Nachteile nicht entstehen (§ 3 Hinterlegungsordn.). Da die Reichsbank bei einer solchen Einzahlung ihre Banknoten nicht zurückweisen kann, so erscheint auch eine Hinterlegung in Banknoten zulässig.

Müssen Geldsorten in natura aufbewahrt werden, oder werden außer Kurs gesetzte Landesmünzen oder Geld ausländischer Währung hinterlegt, so ist die Hinterlegung als eine solche von Kostbarkeiten zu behandeln[6] (§ 11 Abs. 2 Hinterlegungsordn.).

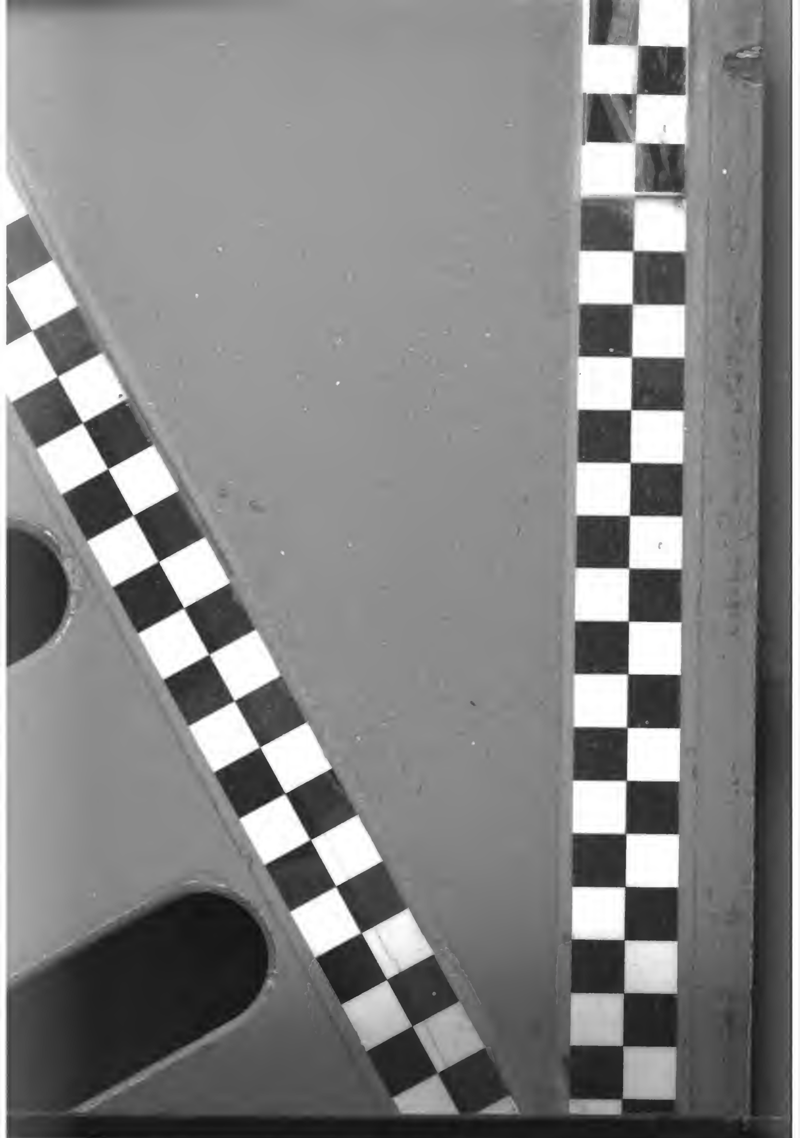
2. Wertpapiere, und zwar inländische und ausländische. Da auch sonstige Urkunden hinterlegt werden können, so ist es unerheblich, ob der Begriff der Wertpapiere hier im engeren oder weiteren

---

4) Vgl. § 16 Ausführungsver. zur Dienstbotenordn. v. 27. März 1899; Bek. der Polizeibeh. v. 1. April 1899 Nr. 3.

5) Die Hinterlegung eines Auslagenvorschusses gemäß § 379 Z.P.O. gilt nicht als Hinterlegung im Sinne der Hinterlegungsordn. (§ 1 Abs. 4 dieses Gesetzes).

6) Ausländisches Geld wird also nicht in Reichswährung umgewandelt, auch kann in diesem Falle die Hinterlegungsstelle nicht verlangen, daß das Geld auf Bankkonto abgeschrieben oder bei einer Bank eingezahlt werde.



Sinne zu verstehen ist. Unter Urkunden sind auch Beweisakten begriffen.[7]

Bei einer Hinterlegung von Wertpapieren kann die Hinterlegungsstelle verlangen, daß der Hinterleger die Wertpapiere bei der Hauptstaatskasse, in Ritzebüttel bei der dortigen Kassenabteilung einliefert.

3. Kostbarkeiten, d. h. körperliche Gegenstände von geringem Umfang und verhältnismäßig großem Wert.[8] Was unter Kostbarkeiten zu verstehen ist, bestimmt sich nach der Auffassung des Lebens. Jedenfalls gehören hierher Juwelen, Gold- und Silbersachen, Kunstwerke, nicht aber wertvolle Tiere.

IV. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Hinterleger und der Hinterlegungsstelle stellt sich als ein privatrechtlicher, von öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten mehrfach beherrschter Verwahrungsvertrag[9] dar. Dieser Vertrag kommt aber nicht schon durch die bloße Hinterlegung zustande, sondern bedarf bestimmter durch das Gesetz vorgeschriebener Formalitäten.

1. Der Hinterleger muß ein schriftliches Annahmeersuchen in doppelter Ausfertigung einreichen oder bei der Hinterlegungsstelle zu Protokoll erklären (§§ 4, 5 Hinterlegungsordn.).

a) Das Annahmeersuchen muß enthalten die Bezeichnung

α) der Person des Hinterlegers, eventuell auch derjenigen, für welche hinterlegt wird;

β) der hinterlegten Sachen;

γ) der Veranlassung zur Hinterlegung, eventuell der Person, zu deren Gunsten eine Sicherheit bestellt wird;

δ) der Behörde und eventuell der behördlichen Verfügung, falls die Hinterlegung in einer bei einer solchen anhängigen Sache oder auf Grund einer behördlichen Verfügung erfolgt.

b) Das Annahmeersuchen darf an besonderen Erklärungen über die Auslieferung oder Rückerhebung der hinterlegten Sachen nur folgende enthalten (§§ 6, 7, 8 Hinterlegungsordn.):

α) den Verzicht des Hinterlegers auf das Recht zur Rücknahme.

---

7) Das Kammergericht hat Handakten für hinterlegbar erklärt, aber als Sammlung mehrerer Urkunden, nicht als einzelne Urkunden (Zentralbl. f. freiw. Ger. III S. 636).

8) Vgl. Dernburg II 1 S. 309.

9) Vgl. Dernburg II 1 S. 314; Dorner-Seng S. 73; Kisch S. 252, welcher in Anm. 11 die Ansicht Endemanns, daß der Staat durch Annahme der angebotenen Sachen lediglich eine öffentlichrechtliche Pflicht erfülle, mit zutreffenden Gründen zurückweist.

Infolgedessen wird der Schuldner so von seiner Schuld befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung dem Gläubiger geleistet hätte (§ 378 B.G.B.).

β) die Bestimmung, daß die Hinterlegungsstelle dem Hinterleger gegenüber verpflichtet sein soll, die hinterlegten Sachen an einen Dritten auf dessen Antrag auszuliefern, z. B. an den im Annahmeverzuge befindlichen Gläubiger (§ 372 B.G.B.). Mehrere Empfangsberechtigte können derartig bezeichnet sein, daß die Auslieferung an einen von ihnen mit Zustimmung der andern auf Grund eines zwischen ihnen ergangenen Urteils oder auf Anordnung eines Gerichts soll erfolgen können. Die Hinterlegungsstelle bedarf dann zur Auslieferung nicht der Zustimmung des Hinterlegers. Ein unmittelbares Recht auf Auslieferung gegen die Hinterlegungsstelle im Sinne des § 328 Abs. 1 B.G.B. erwirbt der Dritte in diesem Falle aber nicht.

γ) die Bestimmung, daß die Auslieferung nur mit Genehmigung eines Gerichts, einer anderen Behörde oder eines sonstigen Dritten[10] soll erfolgen dürfen.

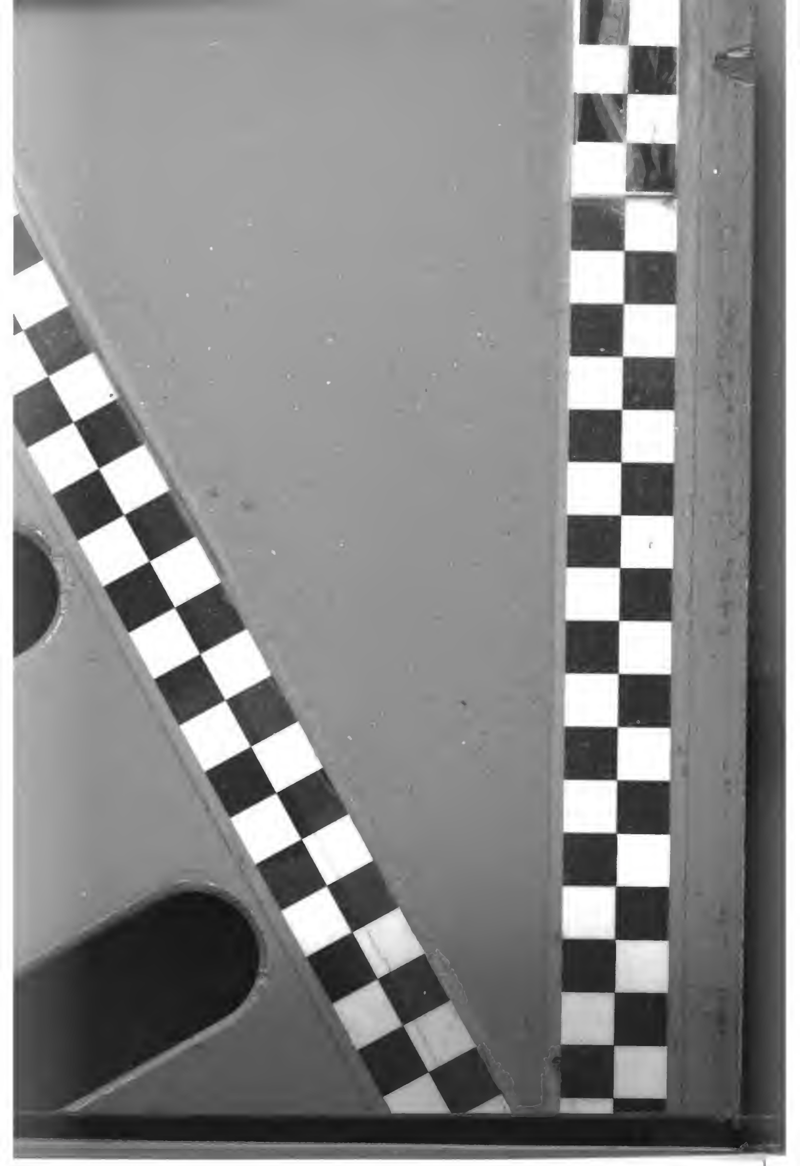
Niemals darf die Auslieferung von dem Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht werden.[11]

2. Es muß eine Annahme seitens der Hinterlegungsstelle erfolgen. Erst damit wird der Vertrag perfekt. Für die Hinterlegungsstelle besteht ein Zwang zur Annahme, sie darf die Hinterlegung nur in bestimmten Fällen zurückweisen.

a) Die Annahme erfolgt durch eine auf das Annahmegesuch bezw. eine beglaubigte Ausfertigung des Protokolls, welches das Annahmeersuchen enthält, gesetzte Bescheinigung und Rückgabe des Gesuchs an den Hinterleger (§ 10 Hinterlegungsordn.). Die Bescheinigung braucht nicht von dem Amtsrichter selbst unterzeichnet zu sein (siehe

10) Derartige Fälle liegen z. B. vor, wenn bei einer Hinterlegung von eingebrachtem Gute die Zustimmung der Ehefrau (§ 1392 B.G.B.), bei Hinterlegung von Erbgut durch den Vorerben die Zustimmung des Nacherben (§ 2116 B.G.B.), bei Hinterlegung von Mündelgut diejenige des Vormundschaftsgerichts (§§ 1814, 1818 B.G.B.), im Falle des § 1960 B.G.B. diejenige des Nachlaßgerichts (§§ 1915, 1814 B.G.B.) für die Rückerhebung vorbehalten werden soll. — Die Personen der Empfangs- und Zustimmungsberechtigten sind aber in dem Annahmeersuchen genau zu bezeichnen; es genügt nicht eine allgemeine Angabe „die Beteiligten" oder ähnl. S. Amtsger.Samml. 1905 S. 54.

11) Das betrifft aber nicht den Fall des § 373 B.G.B., in welchem der Schuldner das Recht des Gläubigers zum Empfange der hinterlegten Sache von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig machen kann.



jedoch b β). Auch wenn sie von dem Amtsrichter als Vorstand der Hinterlegungsstelle unterzeichnet ist, steht dies mit Art. 145 Abs. 2 E.G. z. B.G.B., wonach die Hinterlegung nicht von einer gerichtlichen Anordnung abhängig gemacht werden darf, nicht im Widerspruch. Denn diese Bestimmung bezieht sich bloß auf die Entscheidung der Gerichte als rechtsprechender Behörden, wodurch über die privatrechtliche oder prozessuale Berechtigung des Hinterlegers zur Hinterlegung gegenüber anderen Beteiligten befunden wird. Die Entscheidung des Richters als Vorstandes der Hinterlegungsstelle bezieht sich aber nur auf den Anspruch des Hinterlegers gegen die Hinterlegungsstelle, entscheidet also darüber, ob eine hinterlegungsfähige Sache und ein schlüssiges, in seinen tatsächlichen Angaben als wahr zu unterstellendes Gesuch vorliegt, läßt dagegen die materiellrechtliche Frage offen.[12]

Es ist möglich, daß die Hinterlegung selbst erst nach der Annahme des Ersuchens erfolgt. Dann wird die Hinterlegung erst vollzogen, wenn die Sachen tatsächlich hinterlegt sind, und treten die materiellen Folgen der Hinterlegung erst mit der Einlieferung ein.[13]

b) In gewissen Fällen kann eine Zurückweisung des Annahmeersuchens erfolgen (§ 9 Hinterlegungsordn.).

α) Das Ersuchen ist zurückzuweisen, wenn es nicht in der richtigen Form angebracht ist (s. unter 1), oder wenn es an einem gesetzlichen Grunde[1] für die Hinterlegung fehlt. Aus letzterem Grunde darf jedoch die von einem Gericht oder einer andern zuständigen Behörde angeordnete Hinterlegung nicht zurückgewiesen werden.

β) Die Zurückweisung muß durch schriftliche Verfügung des Amtsrichters erfolgen. Gegen diese Verfügung steht dem Gesuchsteller die Beschwerde im Justizaufsichtswege zu, d. h. an den Präsidenten des Landgerichts und weiter an die Senatskommission für die Justizverwaltung.

V. Die Rechtsfolgen aus dem Verwahrungsvertrage sind in mancher Beziehung anders geregelt als bei dem regelmäßigen Verwahrungsvertrage. Insbesondere ist mit Rücksicht auf das allgemeine Interesse die Befugnis der Parteien zur Festsetzung der Bedingungen, unter denen sie den Vertrag abschließen wollen, eingeschränkt. Die Vor-

12) So zutreffend für das gleiche sächsische Recht, welches stets zur Annahme eine richterliche Verfügung fordert, Kloß S. 64.
13) Vgl. Wulff III S. 314 Anm. 2. Im Fall der Übersendung der Sache durch die Post wirkt die Hinterlegung auf die Zeit der Aufgabe der Sache zur Post zurück (§ 375 B.G.B.).

schriften über das Verfahren der Hinterlegungsstelle bez. der hinterlegten Sachen haben öffentlichrechtliche Natur. Dagegen steht das Verhältnis des Hinterlegers zu der Hinterlegungsstelle grundsätzlich unter privatrechtlichen Normen.[14]

Die Rechtsfolgen sind, abgesehen von dem Anspruch auf Auslieferung der hinterlegten Sachen (s. unter VI), folgende:

1. Hinterlegtes Geld geht in das Eigentum des Staates über, wogegen ein Anspruch auf Rückerstattung eines gleichen Betrages und regelmäßig auf Verzinsung entsteht[15] (§ 11 Hinterlegungsordn.). Ist das Geld zum Zweck der Sicherheitsleistung hinterlegt, so erwirbt der Berechtigte mit der Hinterlegung ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung (§ 233 B.G.B.). Das Rechtsverhältnis ist also als depositum irregulare nach Maßgabe des § 700 Abs. 1 B.G.B. anzusehen.

Zu verzinsen ist Geld im Betrage von mehr als 100 Mk. vom Ende eines Hinterlegungsjahres bis zum Ablauf des letzten Monats vor dem Tage, an welchem die Auszahlung verfügt wird (§ 12 Hinterlegungsordn.), aber längstens während 10 Jahren.[16] Vor oder nach dem Ablauf der zehnjährigen Frist kann von einem Beteiligten, der ein berechtigtes Interesse an der Fortdauer der Hinterlegung glaubhaft macht, eine Fortsetzung der Verzinsung beantragt werden und ist über diesen Antrag von dem Amtsrichter zu entscheiden[17] (§§ 33, 34 Hinterlegungsordn.).

Zinseszinsen werden nicht vergütet.

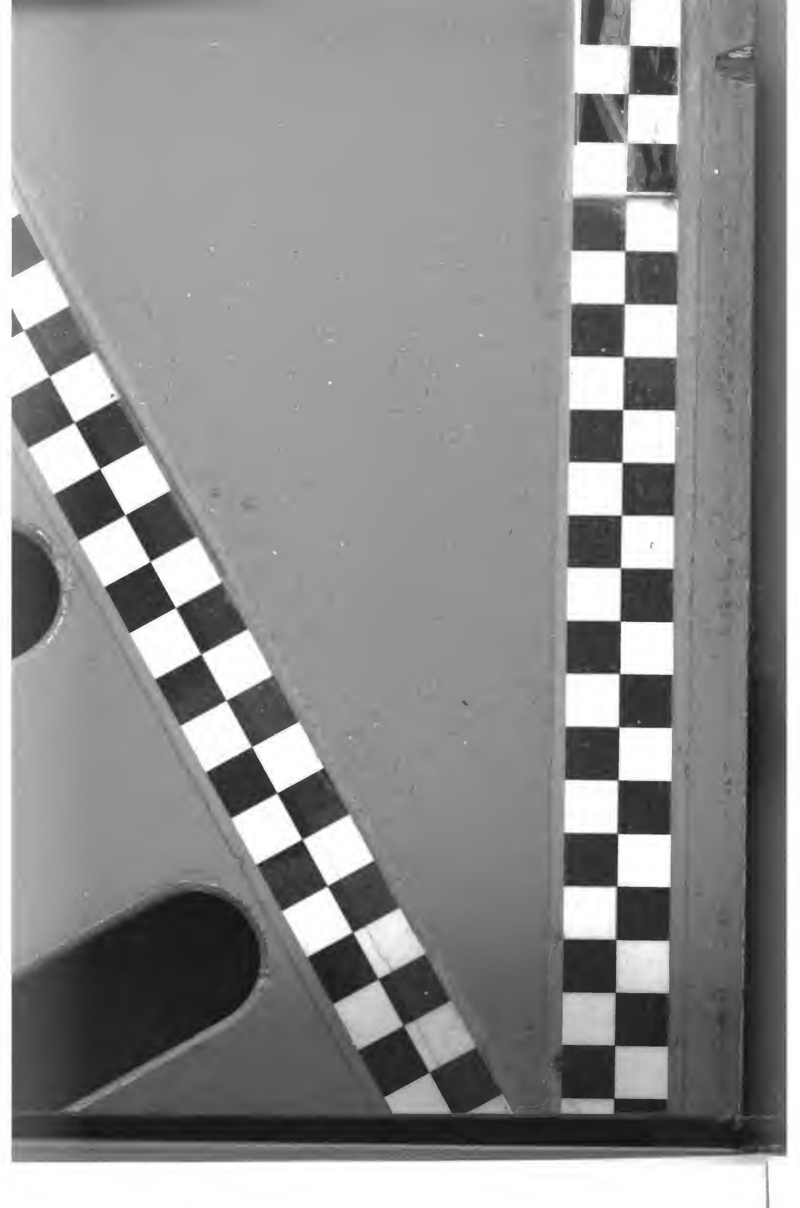
---

14) Vgl. Kisch S. 253.

15) Vgl. Art. 145 E.G. z. B.G.B. Ist das Geld zum Zweck der Sicherheit hinterlegt, so kann der Hinterleger das Geld in geeignete Wertpapiere umtauschen, wie auch umgekehrt Wertpapiere in Geld (§ 235 B.G.B.).

16) Soweit hinterlegtes Geld schon vor 1900 verzinst wurde, was nur bei Mündelgeldern und manchen Hinterlegungen bei der Hauptstaatskasse der Fall war, darf die Verzinsung frühestens zehn Jahre nach der Ablieferung der hinterlegten Gelder an die Hinterlegungsstelle eingestellt werden (§ 44 Hinterlegungsordn.).

17) Es genügt das Interesse an der Fortdauer der Hinterlegung, nicht ein besonderes Interesse an der Verzinsung. Wird ersteres glaubhaft gemacht, so muß die Verzinsung fortgesetzt werden, und zwar für zehn Jahre seit dem Beginn des auf den Antrag folgenden Monats. Wird der Antrag nach Einstellung der Verzinsung gestellt, so werden nachträglich keine Zinsen vergütet, vielmehr beginnt dann der Zinsenlauf erst wieder. Lehnt der Amtsrichter den Antrag ab, so ist die Beschwerde an den Präsidenten des Landgerichts und weiter an die Senatskommission für die Justizverwaltung gegeben.



Der Zinsfuß wird vom Senat festgesetzt und öffentlich bekannt gemacht.[18]

2. Die übrigen hinterlegten Sachen, Wertpapiere, Urkunden und Kostbarkeiten, wozu auch außer Kurs gesetzte Landesmünzen und ausländisches Geld gehören, werden unverändert verwahrt (§ 13 Hinterlegungsordn.). Hierauf finden die Vorschriften über den Verwahrungsvertrag, insbesondere auch über die Haftung für Beschädigung und Verlust Anwendung. Der Staat haftet also, da er für die Hinterlegung eine Vergütung erhält (s. unter e), für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit (§ 276 B.G.B.).[19]

Besondere Bestimmungen sind für die Hinterlegung dieser Sachen nach folgender Richtung getroffen:

a) In Abweichung von § 691 B.G.B. ist die Hinterlegungsstelle befugt, die hinterlegten Sachen an die Hauptstaatskasse, in Ritzebüttel an deren dortige Kassenabteilung, zu weiterer Verwahrung abzugeben. Hierbei handelt es sich aber nur um zwei verschiedene stationes fisci.

b) Die Hinterlegungsstelle ist nicht verpflichtet, die hinterlegten Sachen gegen drohende Gefahren, insbesondere gegen Feuers- und Diebstahlsgefahr, zu versichern. Dies bleibt vielmehr den Beteiligten überlassen (§ 14 Hinterlegungsordn.).

c) Hinterlegte Wertpapiere hat die Hinterlegungsstelle bloß zu verwahren, nicht auch zu verwalten. Sie ist aber berechtigt, auch die Verwaltung vorzunehmen, insbesondere fällige Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine einzuziehen und die Auslosung zu überwachen. Geld, welches gegen Coupons oder ausgeloste Wertpapiere einkassiert wird, wird als hinterlegtes Geld behandelt, umgetauschte Wertpapiere treten an Stelle der ursprünglichen (§ 15 Hinterlegungsordn.).

d) Um gegen unbegründete Schadensersatzansprüche gesichert zu sein, kann die Hinterlegungsstelle hinterlegte Kostbarkeiten auf Kosten des Hinterlegers durch einen Sachverständigen besichtigen und abschätzen lassen. Vor Erstattung der Kosten kann die Auslieferung der hinterlegten Sachen nicht beansprucht werden (§ 16 Hinterlegungsordn.).

e) Während die Hinterlegung von Geld gebührenfrei er-

---

18) Der Zinsfuß ist bisher jährlich, zuletzt durch Bek. v. 28. Nov. 1906 für das Jahr 1907 (Ges.Samml. 1906 I S. 129) auf $2^1/_2$ % festgesetzt worden.

19) Die ordentlichen Gerichte haben im Streitfalle zu entscheiden, ob hinsichtlich der Feuersicherheit, des Verschlusses und der Bewachung der Verwahrungsräumlichkeiten die erforderlichen Einrichtungen getroffen worden sind (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 164).

folgt, wird für die Hinterlegung der übrigen Sachen eine Gebühr erhoben, welche mit der Auslieferung der hinterlegten Sachen dem Empfänger gegenüber fällig wird und von welcher der Staat in einzelnen Fällen dispensieren kann.[20]

VI. Hinsichtlich der Auslieferung hinterlegter Gegenstände ist zwischen dem materiellen Anspruch des Berechtigten auf Herausgabe der Sache und dem formellen Anspruch gegenüber der Hinterlegungsstelle zu unterscheiden.[21]

1. Der materielle Anspruch entscheidet sich nach dem bürgerlichen Recht. Ebenso entscheidet das bürgerliche Recht über die Wirkungen der Auslieferung der hinterlegten Sachen an eine bestimmte Person.

2. Dagegen bestimmt sich die formelle Verpflichtung der Hinterlegungsstelle zur Auslieferung nach der Hinterlegungsordnung. Soweit die Hinterlegungsstelle diesen Bestimmungen nachkommt, wird sie dem Hinterleger gegenüber von ihrer Haftung befreit, auch wenn sie tatsächlich nicht dem materiell Berechtigten die hinterlegten Sachen ausliefert. Durch eine den Vorschriften der Hinterlegungsordnung nicht entsprechende Auslieferung kann sie sich jedoch schadensersatzpflichtig machen.

a) Voraussetzung für die Auslieferung ist ein von dem Empfangsberechtigten schriftlich oder zu Protokoll gestellter Antrag und eine Verfügung des Amtsrichters (§§ 23, 24 Hinterlegungsordn.).

Gegen die Ablehnung des Antrages steht dem Empfangsberechtigten

α) die Beschwerde an den Präsidenten des Landgerichts und weiter an die Senatskommission für die Justizverwaltung,

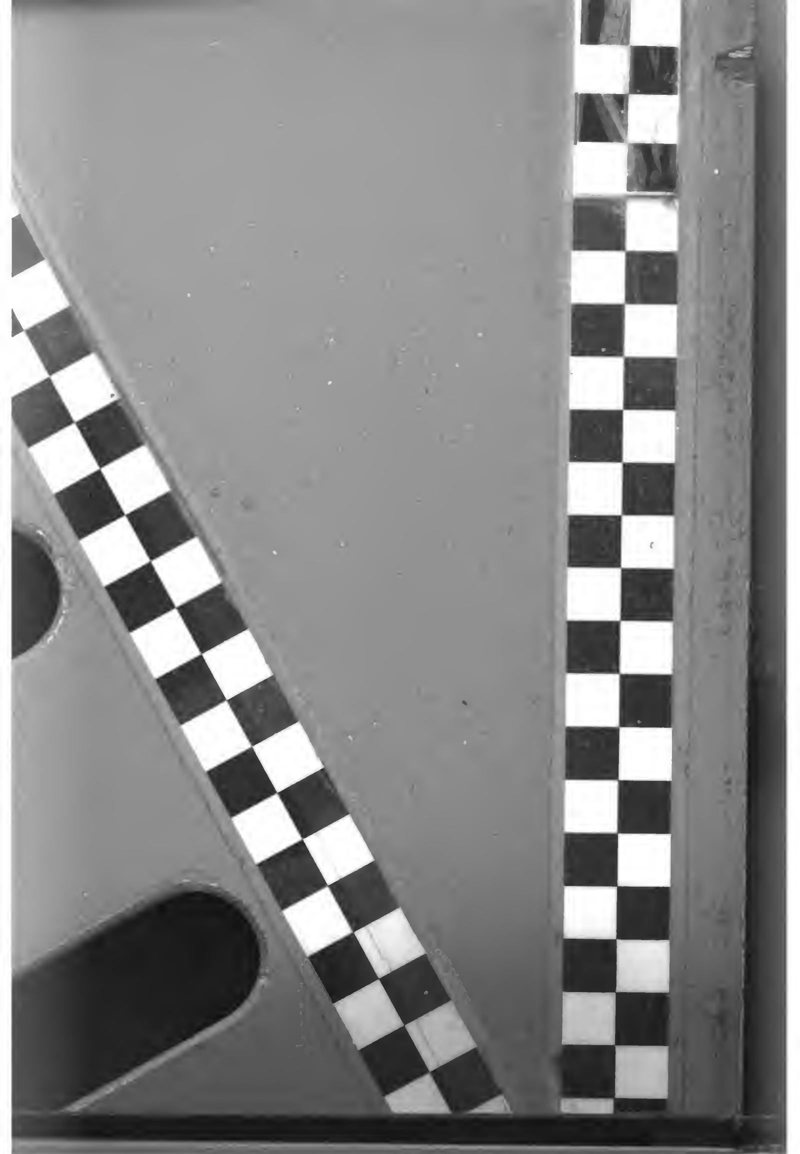
β) falls er selbst der Hinterleger ist, die zivilrechtliche Klage aus dem Verwahrungsvertrage,

γ) im übrigen nach Ablehnung der Beschwerde die zivilrechtliche Klage gemäß §§ 24, 25 Verhältnisgesetz zu (s. § 56 II).

b) Der Amtsrichter hat vor Erlaß der Auslieferungsverfügung

20) Vgl. §§ 17—22 Hinterlegungsordn. Die Gebühr beträgt bei Wertpapieren und Kostbarkeiten 1 ‰ für je 5 Jahre, bei ersteren vom Nennwerte, bei letzteren von dem durch Schätzung festgestellten Werte, bei Urkunden 3 Mk. für die gleiche Zeit.

21) Vgl. Kisch S. 254.



die Legitimation des Empfangsberechtigten zu prüfen.[22] Er hat ferner zu prüfen, ob nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis die Voraussetzungen für die Auslieferung gegeben sind.

Dabei hat er folgendes zu beachten:[23]

α) Grundsätzlich ist zur Auslieferung die Zustimmung des Hinterlegers erforderlich, auch wenn ein Dritter nach dem Gesetz einen direkten Anspruch auf die hinterlegte Sache hat. Dieses Erfordernis der Zustimmung fällt nur fort, wenn der Hinterleger bei der Hinterlegung erklärt hat, daß die hinterlegten Sachen auf Antrag eines Dritten an diesen auszuliefern sind (§ 26 Hinterlegungsordn.).

β) Weiter ist die Zustimmung des Dritten, eines Gerichts oder einer sonstigen Behörde erforderlich, wenn der Hinterlegende bei der Hinterlegung die Auslieferung hiervon abhängig gemacht hat (§ 25 Hinterlegungsordn.).

γ) Endlich ist in gewissen Fällen die Zustimmung derjenigen erforderlich, welche durch die Hinterlegung unmittelbare Rechte auf die hinterlegten Sachen erhalten haben, z. B. desjenigen, zu dessen Gunsten eine Sicherheit bestellt ist, oder des Gläubigers, für den wegen seines Verzuges die Sache hinterlegt ist[24] (§ 372 B.G.B.).

Die Zustimmung dieser Berechtigten ist jedoch nicht erforderlich, wenn die Hinterlegung im Zivilprozeß zwecks Bestellung einer prozessualen Sicherheit erfolgt ist und das zuständige Gericht nach § 109 Z.P.O. durch rechtskräftigen Beschluß[25] die Rückgabe der Sicherheit an-

---

22) Dabei braucht er regelmäßig nicht den Nachweis behaupteter Tatsachen, z. B. der erforderlichen Legitimation des Vertreters des Hinterlegers, sich durch Requisition von Akten zu verschaffen, es sei denn, daß der Hinterleger den Nachweis der Empfangsberechtigung nur auf diesem Wege zu führen vermag (Amtsger.Samml. 1900 S. 229; 1904 S. 86).

23) Wenn in diesen Fällen die Hinterlegungsstelle die Auskehrung der Sache ohne die erforderliche Zustimmung Dritter usw. anordnet, so steht dem Dritten kein Beschwerderecht gegen die Verfügung zu, vielmehr hat er nur den Regreß gegen die Hinterlegungsstelle, welche ihm gegenüber mit der Behauptung, sie habe die Sache bereits ausgekehrt, nicht gehört wird (Amtsger. Zusammenstellung Bd. 6 S. 183).

24) Diese Zustimmung ist nicht für erforderlich erachtet worden in einem Falle, in welchem derjenige, zu dessen Gunsten eine Sicherheit hinterlegt worden war, durch Vergleich die Prozeßkosten übernommen hatte (Amtsger. Samml. 1902 S. 404). Vgl. auch über den Fall einer Hinterlegung zugunsten von Seeleuten Amtsger.Samml. 1904 S. 354. — Hat der Konkursverwalter eine im Prozeß befindliche Forderung nicht bestritten, so ist Zustimmungsberechtigter der Gemeinschuldner (Amtsger.Zusammenstellung Bd. 6 S. 184 ff.).

25) Vgl. Amtsger.Samml. 1902 S. 270, 403; 1903 S. 265. Mit Recht wird von Wulff III S. 316 Anm. 12 l. Abs. angenommen, daß diese Vorschrift auch dann anzuwenden ist, wenn das Prozeßgericht die Rückzahlung an den Gläubiger nach § 715 Z.P.O. anordnet. S. Amtsger.Samml. 1905 S. 56.

geordnet hat (§ 27 Hinterlegungsordn.). Der Amtsrichter hat in diesem Falle auch zu prüfen, ob die für die Rückgabe bestimmten Voraussetzungen vorliegen. Er hat aber nicht zu prüfen, ob die gemäß § 109 Z.P.O. ergangene gerichtliche Verfügung zu Recht oder Unrecht erlassen worden ist.[26]

c) Die für die Auslieferung erforderlichen Erklärungen müssen in gewisser Form erfolgen.

α) Der Amtsrichter kann verlangen, daß die erforderlichen Zustimmungserklärungen in öffentlich, d. h. notariell[27] beglaubigter Form vorgelegt oder zu Protokoll abgegeben werden (§ 25 Hinterlegungsordn.). Dies bezieht sich auch auf die Legitimation von gesetzlichen oder gewillkürten Vertretern.[28] Ist aber die Hinterlegung in einem Zivilprozesse zwecks Bestellung einer prozessualischen Sicherheit erfolgt, so bedarf die Vollmacht des Anwalts zum Zweck der Auslieferung einer öffentlichen Beglaubigung nicht, wenn es eine Prozeßvollmacht ist und sie den Anwalt zur Erhebung von Geld oder Wertpapieren ermächtigt[29] (§ 28 Hinterlegungsordn.).

β) Eine Abtretung des Anspruchs gegen die Hinterlegungsstelle braucht von der letzteren nur dann berücksichtigt zu werden, wenn sie durch eine von dem bisherigen Berechtigten ausgestellte öffentlich, d. h. notariell[27] beglaubigte Urkunde von ihr benachrichtigt oder wenn die Abtretung bei ihr zu Protokoll erklärt wird (§ 29 Abs. 1 Hinterlegungsordn.).

γ) Andere Änderungen in der Verfügungsberechtigung über die hinterlegten Sachen, insbesondere durch eine Heirat des Berechtigten, braucht die Hinterlegungsstelle nur dann zu berücksichtigen, wenn sie ihr schriftlich mitgeteilt werden (§ 29 Abs. 2 Hinterlegungsordn.). Die Eintragung in das Güterrechtsregister verpflichtet also die Hinterlegungsstelle nicht, etwaige Verfügungsbeschränkungen, die ihr nicht schriftlich mitgeteilt sind, zu berücksichtigen.

26) Vgl. Amtsger.Samml. 1903 S. 263. A. M. ebenda S. 196. Bez. der Prüfungspflicht vgl. auch ebenda S. 138.

27) Vgl. § 15 Hamb. F.G.G. S. § 31 II.

28) Der Amtsrichter kann aber die Legitimation eines Vertreters auch in anderer Weise als bewiesen ansehen, z. B. wenn sie ihm sonst bekannt ist (Amtsger.Samml. 1900 S. 227), oder wenn sie sich aus einer gerichtlichen Verfügung ergibt, welche in dem Verfahren erlassen ist, in welchem die Hinterlegung erfolgt (Amtsger.Samml. 1905 S. 55).

29) In den andern Fällen kann der Amtsrichter auch vom Anwalt die Vorlegung einer öffentlich beglaubigten Vollmacht verlangen. Das Privileg des § 28 bezieht sich aber lediglich auf Rechtsanwälte, nicht auch auf andere Prozeßvertreter (Amtsger.Samml. Bd. 6 S. 247).

3. Die **Auslieferung** der hinterlegten Gegenstände selbst erfolgt nach folgenden Grundsätzen:

a) Die Sachen sind bei der Hinterlegungsstelle in Empfang zu nehmen, doch kann letztere verlangen, daß sie an der Hauptstaatskasse, in Ritzebüttel bei deren dortiger Kassenabteilung, oder bei einer Bank in Empfang genommen werden (§ 30 Hinterlegungsordn.).

Dies ist auch der Fall, wenn der Empfangsberechtigte zur Zeit der Hinterlegung seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung nicht an dem Orte gehabt hat, wo sich die Hinterlegungsstelle befindet, oder wenn der Empfangsberechtigte ein Bankkonto hat, so daß also diese Abweichung von § 270 B.G.B. weiter geht als diejenige des § 23 A.G. z. B.G.B. (s. § 39 III 1).

b) Auf einen Antrag des Empfangsberechtigten, dessen öffentliche, d. h. notarielle[27] Beglaubigung oder Erklärung zu Protokoll die Hinterlegungsstelle verlangen kann, kann auf Gefahr und Kosten des Empfangsberechtigten Geld per Bank oder Post ausgezahlt, eine andere hinterlegte Sache per Post übersandt werden. Eine Verpflichtung hierzu besteht aber für die Hinterlegungsstelle nicht (§ 31 Hinterlegungsordn.).

Von dem auszuzahlenden Geldbetrage werden die Barauslagen gekürzt, andere Sachen dürfen nicht vor Begleichung der Gebühren und Barauslagen ausgeliefert werden (§ 32 Hinterlegungsordn.).

VII. Ansprüche, welche den Beteiligten gegen die Hinterlegungsstelle aus der Hinterlegung zustehen, können unter gewissen Voraussetzungen im Wege des **Aufgebotsverfahrens** ausgeschlossen werden.[30]

1. **Voraussetzungen** des Aufgebotsverfahrens sind:

a) Der Ablauf einer bestimmten **Zeit**[31] (§ 35 Hinterlegungsordnung).

α) Es muß binnen 30 **Jahren**, welche mit dem auf die Hinterlegung folgenden Monat beginnen, eine Auslieferung der hinterlegten Sachen nicht stattgefunden haben.

---

30) Die Zulässigkeit dieser Bestimmungen folgt aus Art. 145 E.G. z. B.G.B.

31) Bei Hinterlegungen aus früherer Zeit, welche mit dem Inkrafttreten der Hinterlegungsordn. auf die Hinterlegungsstelle übergegangen sind, läuft die Frist vom Tage der Einlieferung bei der früheren Hinterlegungsstelle. Ein Antrag auf Erlaß des Aufgebots konnte frühestens ein Jahr nach der Ablieferung der Sachen an die Hinterlegungsstelle gestellt werden (§ 44 Hinterlegungsordn.).

β) Im Falle einer Verzinsung des hinterlegten Geldes müssen 20 Jahre seit der Einstellung der Verzinsung verflossen sein.

γ) Ist ein Antrag auf Fortdauer der Hinterlegung über 30 Jahre hinaus oder auf Auslieferung der hinterlegten Sachen oder eines Teiles gestellt worden, so müssen 20 Jahre seit dem Beginn des auf die Stellung des Antrags folgenden Monats verflossen sein.

b) Ferner ein von der Hinterlegungsstelle nach Ablauf der unter a erwähnten Zeit gestellter Antrag (§ 37 Hinterlegungsordn.).

2. Das Verfahren erfolgt nach den Vorschriften der Z.P.O.[32] Zuständig ist dasjenige Amtsgericht, bei welchem sich die betreffende Hinterlegungsstelle befindet (§ 36 Hinterlegungsordn.).

3. Wirkungen des Ausschlußurteils.

Durch das Ausschlußurteil sollen die Beteiligten mit ihren Ansprüchen auf Auslieferung der hinterlegten Sachen und mit ihren Rechten an diesen Sachen ausgeschlossen werden, insbesondere soll die Staatskasse das Recht der freien Verfügung über die Sachen erlangen, die Verpflichtung des Staates zur Rückerstattung erlöschen (§§ 38, 39 Hinterlegungsordn.).

a) Wenn das Gesetz diese Wirkung den Beteiligten gegenüber eintreten läßt, so werden dadurch nicht der Gläubiger und der unbekannte Hypothekar- oder Schiffspfandgläubiger, zu deren Gunsten ein Betrag hinterlegt worden ist, betroffen und ebensowenig der frühere Grundstückseigentümer, dem ein Anspruch auf nicht abgehobene, im Zwangsversteigerungsverfahren hinterlegte Beträge zusteht, falls nicht die durch Reichsgesetz[33] bestimmte dreißigjährige Frist abgelaufen ist. Nach dem Wortlaut des Art. 145 E.G. z. B.G.B. hat es allerdings den Anschein, als ob auch diesen Gläubigern gegenüber die Frist durch Landesgesetz beschränkt werden kann. Nach der Entstehung dieser Bestimmung des E.G. ist es aber zweifellos, daß man die Beschränkung der Ausschlußmöglichkeit für das Landesrecht auf den Schuldner und Hinterleger für selbstverständlich erachtet hat.[34]

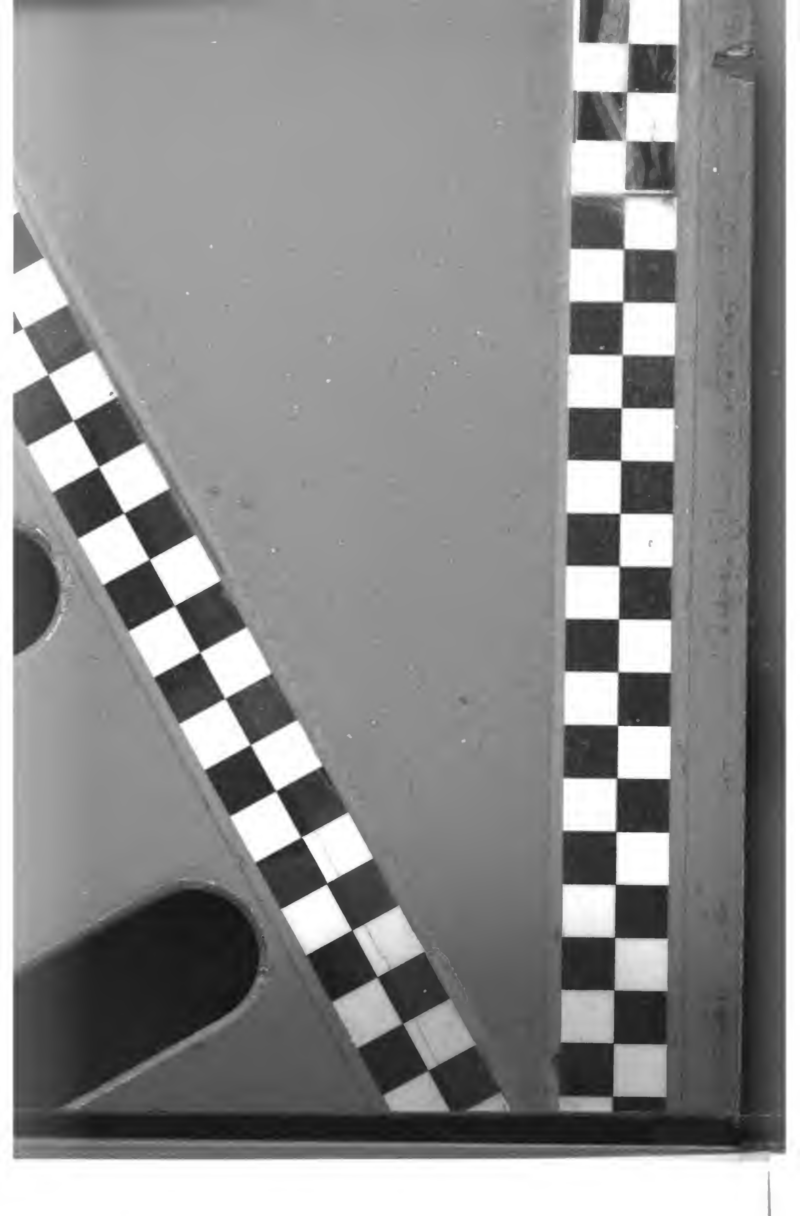
b) In den unter a erwähnten Fällen der Hinterlegung zugunsten des Gläubigers und des unbekannten Hypothekar- oder Schiffspfandgläubigers muß nach Art. 145 Abs. 1 Satz 2 dem Hinterleger die Rück-

---

32) §§ 946 ff. Z.P.O.

33) Vgl. §§ 382, 1171 Abs. 3, 1269 Satz 3 B.G.B.; 142, 117 Abs. 2, 120, 121, 124, 126 Z.V.G.

34) Vgl. Prot. der II. Komm. VI S. 463. So auch Planck VI Art. 145 Anm. 6 und Wulff III S. 318 Anm. 7.



nahme des hinterlegten Betrages mindestens während eines Jahres von dem Zeitpunkte an gestattet werden, mit welchem das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt. Die Hinterlegungsordnung (§ 40) hat dieser Vorschrift dadurch zu entsprechen gesucht, daß sie in diesen Fällen und ebenfalls bei der nicht erfolgten Abhebung eines hinterlegten Betrages im Zwangsversteigerungsverfahren den Ausschluß nur mit der Maßgabe erfolgen läßt, daß der Hinterleger und der frühere Grundstückseigentümer noch ein Jahr lang vom Ausschlußurteil ab das Recht zur Rücknahme des hinterlegten Betrages behalten. Ist aber zur Zeit des Ausschlußurteils das Recht des Gläubigers noch nicht erloschen (s. unter a), so wird durch diese Bestimmung die einjährige Frist des Art. 145 E.G. nicht gewahrt, es bleibt mithin, da das Landesrecht hieran nichts ändern kann, das Recht des Hinterlegers und des früheren Grundstückseigentümers unter Umständen auch noch länger erhalten als die Hinterlegungsordnung angibt.

§ 41. Einzelne allgemeine Bestimmungen.

In dem Landesrecht sind verschiedene Vorschriften enthalten, welche von den allgemeinen Grundsätzen des B.G.B. abweichen, aber durch die Vorbehalte des E.G. gedeckt sind. Dieselben werden bei den zugehörigen Materien näher erörtert, sollen hier nur kurz zusammengestellt werden.

I. Verschulden.

1. Der Dienstbote haftet nur für Vorsatz und grobes Verschulden. S. § 44 IV 1 b.

2. Der Grundbuchrichter oder -gerichtsschreiber und der Waisenhausdirektor als Anstaltsvormund und -pfleger haften dem Staate gegenüber nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. S. §§ 71 I 2, 141 II 2.

3. Der Staat haftet in Grundbuchsachen unter Umständen dem Dritten auch, ohne daß irgend ein Verschulden vorliegt. S. § 71 II, III.

4. Der Betriebsunternehmer einer Eisenbahn haftet unter Umständen für Sachschaden auch ohne ein besonderes Verschulden. S. § 59 I 1.

5. Eine Haftung für das Verschulden Dritter tritt unter Umständen bei Feld- und Forstdelikten ein. S. § 57 II 1.

6. Die gesetzliche Verpflichtung zur Fortschaffung von Schnee und Eis von den Fußwegen kann von dem Verpflichteten mit Genehmigung der Polizeibehörde einem Unternehmer oder Verein derart übertragen werden, daß dieser Dritten privatrechtlich für die aus der Unterlassung der Reinigung erwachsenden Folgen ausschließlich haftet[1] und auch strafrechtlich allein zur Verantwortung gezogen wird (§ 69 Abs. 4 Straßenordn.).

II. Schadensersatz.

1. Besondere Bestimmungen über die Berechnung des Schadensersatzes gelten im Enteignungsverfahren und bei der Entschädigung von Anliegern wegen der Regulierung von Straßen und Kanälen. S. §§ 77 III, 82 V, 89 II, 92 VI.

2. Ebenso ist die Berechnung des Schadensersatzes bei Feld- und Forstdelikten besonders geregelt. S. § 57.

3. Der Schadensersatz bei Kontraktbruch im Dienstbotenverhältnis wird nach besonderen Grundsätzen bemessen. S. §§ 44 III 2, 45 II 3.

4. Die Haftung für Wildschaden ist in bezug auf Schaden an Gärten, Obstgärten und Baumschulen abweichend vom Reichsrecht geregelt. S. § 86 IV e.

III. Die Abtretung von Forderungen ist mehrfach in zulässiger Weise beschränkt oder tritt von Rechts wegen ein.

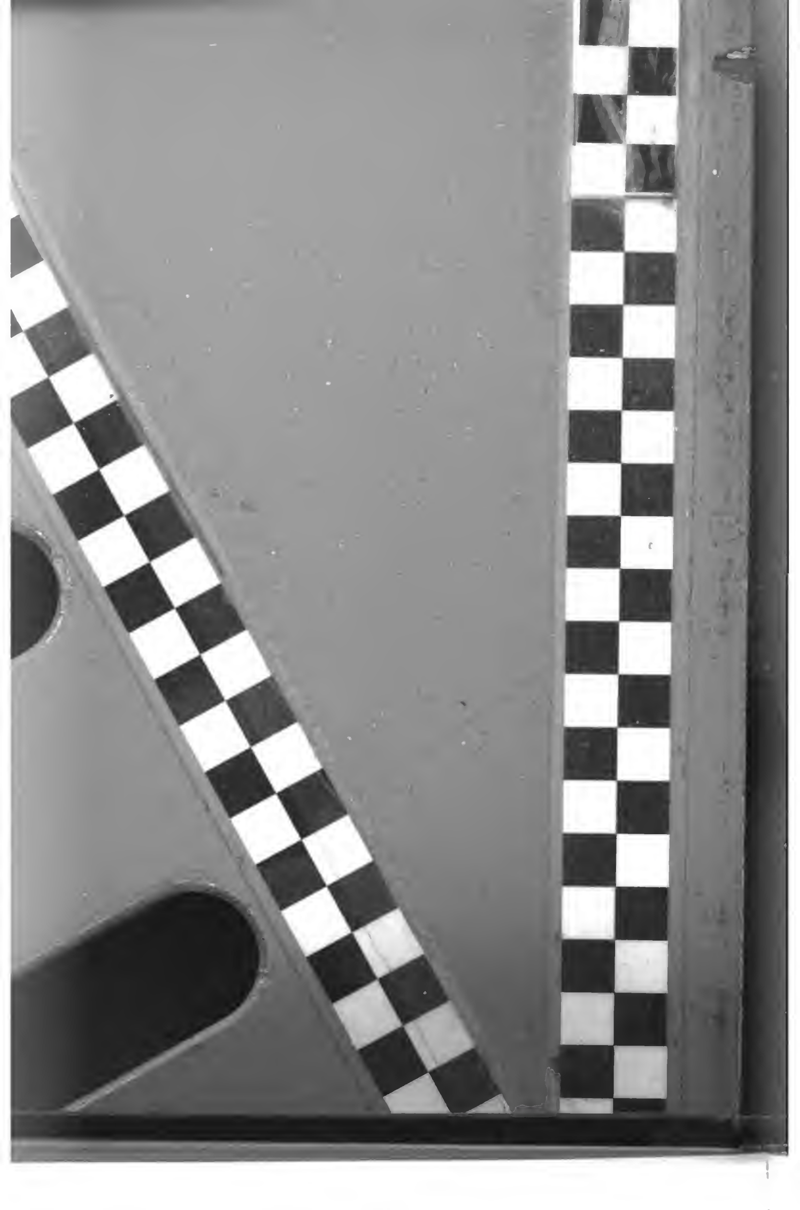
1. Die Pensionen der Witwen und Waisen von Staatsbeamten und Gemeindelehrern können weder abgetreten noch verpfändet oder sonst übertragen werden. S. § 47 III 3 c.

2. Teilübertragungen und -löschungen in das Hamburgische Staatsschuldbuch eingetragener Forderungen sind nur zulässig, wenn die Teilbeträge mit den Beträgen der eingelieferten Schuldverschreibungen übereinstimmen. S. § 54 IV 1 a.

3. Die Forderung an die Feuerkasse auf Brandentschädigung kann von dem Eigentümer des Grundstücks nicht beliebig auf einen Andern übertragen werden. S. § 107.

---

1) Der Wortlaut des § 69 Abs. 4 Straßenordn. ist so allgemein, daß er an sich auch die privatrechtliche Haftung umfaßt. Mit dem Reichsrecht steht diese Regelung in Einklang. Denn das Schutzgesetz, auf welches nach § 823 Abs. 2 B.G.B. die Schadensersatzpflicht zu stützen ist, verpflichtet eben im Falle der Übernahme der Verpflichtung mit Genehmigung der Polizeibehörde lediglich den Übernehmer oder Verein zur Reinigung der Straße. Die privatrechtliche Haftung tritt aber stets nur beim Vorliegen eines Verschuldens ein.



4. Ein Entschädigungsanspruch des Dienstboten gegen einen Dritten geht in Höhe der von der Dienstbotenkrankenkasse geleisteten Unterstützung von Rechts wegen auf diese über. S. S. 238.

IV. Das Aufrechnungsverbot des § 394 B.G.B. wird durch die Vorschrift des § 4 des Disziplinar- und Pensionsgesetzes vom 7. Januar 1884 durchbrochen, nach welchem gegen den Beamten erkannte Geldstrafen tunlichst durch Einbehalten von Gehalt vollstreckt werden sollen. S. S. 253. Das gleiche ist der Fall im Recht des Dienstbotenvertrages. S. S. 236, 239, 240.

Zweiter Abschnitt.

Besonderer Teil.

§ 42. Die Miete.

Das Mieterecht gibt zu einzelnen landesrechtlichen Bestimmungen Anlaß.

I. Der Vermieter hat die Mietsache dem Mieter in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche geeigneten Zustande zu überlassen und während der Mietzeit in diesem Zustande zu erhalten (§ 536 B.G.B.), der Mieter hat das Recht des vertragsmäßigen Gebrauchs.

Diese reichsrechtliche Vorschrift wird im öffentlichen, gesundheitspolizeilichen Interesse ergänzt durch verschiedene Bestimmungen des Wohnungspflegegesetzes vom 8. Februar 1907,[1] deren Handhabung in erster Linie der Behörde für Wohnungspflege obliegt und welche wegen ihres öffentlichrechtlichen Charakters neben dem B.G.B. in Geltung stehen.

1. Die Pflichten der Vermieter nach dieser Richtung werden in anderm Zusammenhange dargestellt werden, da sie sich grundsätzlich auf alle Eigentümer von zu dauerndem Aufenthalt von Menschen bestimmten Gebäuden, nicht bloß auf die Vermieter beziehen, demnach sich als Beschränkungen des Grundeigentums im öffentlichen Interesse darstellen. S. § 77 II 4.

Für die Grundeigentümer als Vermieter ist die besondere Verpflichtung aufgestellt, dafür zu sorgen, daß den Bewohnern der Mietwohnungen eine genügende Anzahl mit Dunstabzug versehener

1) Vgl. Amtsblatt 1907 S. 69.

Aborte und von Wasserzapfstellen zur Verfügung steht (§ 12 Abs. 6, 7 Wohnungspflegegesetz).

2. Pflichten der M i e t e r.

a) Insoweit der gesundheitsschädliche Zustand eines Gebäudes, insbesondere infolge Eindringens von Feuchtigkeit oder ordnungswidrigen Zustandes der Wasserversorgungs-[2] und Entwässerungsanlagen oder der Aborte, oder sonstige Mängel durch Schuld eines Mieters hervorgerufen worden sind, liegt dem Mieter in erster Linie, soweit tunlich, die Pflicht der Beseitigung ob (§ 11 Abs. 4 Wohnungspflegegesetz).

b) Jede gesundheitswidrige Benutzung einer Wohnung ist den Bewohnern untersagt, insbesondere eine erheblichere Verunreinigung der Räume, die Erzeugung von Luftverderbnis, Erregung von Feuchtigkeit und Unterlassung genügender Lüftung (§ 14 Wohnungspflegegesetz).

c) U n t e r v e r m i e t u n g umfaßt sowohl die Weitervermietung einzelner Teile der Wohnung als die Aufnahme von Einlogierern, Schlafburschen oder Schlafmädchen in die Wohnung.[3] Dieselbe ist nach dem Reichsrecht nur mit Erlaubnis des Vermieters gestattet (§ 549 B.G.B.).

Sie ist aber landesrechtlich im öffentlichen Interesse noch weiteren Beschränkungen unterworfen (§§ 15, 16 Wohnungspflegegesetz). Mit Rücksicht auf den öffentlichrechtlichen Charakter dieser Vorschriften betrifft eine Verletzung dieser Vorschriften nicht nur das Verhältnis des Vermieters zum Mieter, sondern macht auch den Vertrag zwischen dem Mieter und dem Aftermieter nichtig. Die Behörde für Wohnungspflege kann seine Aufhebung anordnen.

Zu diesen Beschränkungen des Rechts zur Untervermietung gehört vor allem die Verpflichtung der Gewährung eines gesetzlich vorgeschriebenen Luftraums für Schlafräume.

Ferner gelten noch besondere Vorschriften für die Untervermietung einzelner Teile von Wohnungen und die Aufnahme von Einlogierern.

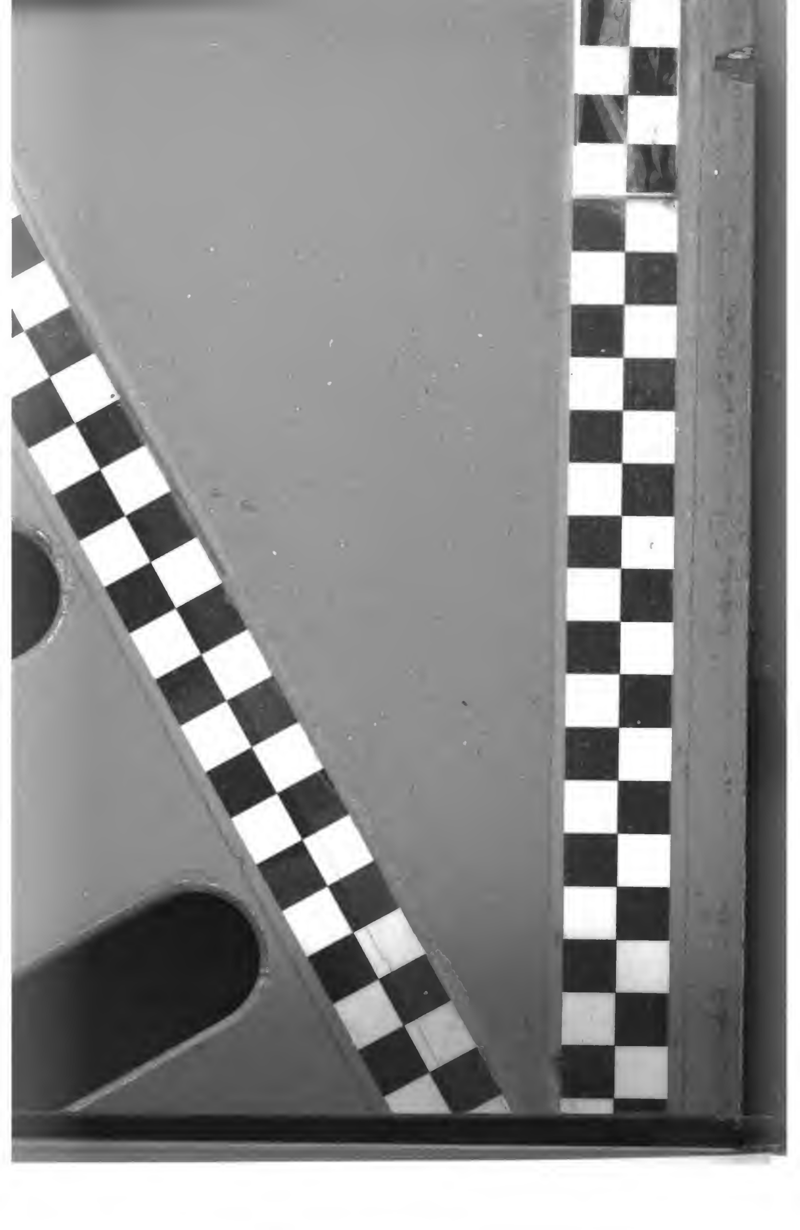
α) Bei der Untervermietung einzelner Teile von Wohnungen muß dem Untervermieter mindestens e i n genügender Raum zur ausschließlichen Benutzung verbleiben.

β) Bei der Aufnahme von Einlogierern, Schlafburschen und Schlafmädchen müssen

---

2) Die Reinigung der Wasserkasten ist in erster Linie Pflicht des Grundeigentümers, nicht des Mieters (Beibl. 1903 Nr. 177).

3) Vgl. D e r n b u r g III 2 S. 200.



aa) Erwachsene verschiedenen Geschlechts nach dem Geschlecht getrennt werden;

bb) alle Einlogierer besondere Betten erhalten, die täglich in Ordnung zu bringen und sauber zu unterhalten sind;

cc) die belegten Räume täglich gelüftet und nach besonderer Vorschrift des Gesetzes (§ 16 c) gereinigt werden.

II. Nach Art. 93 E.G. z. B.G.B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Fristen unberührt, bis zu deren Ablaufe gemietete Räume bei Beendigung des Mietverhältnisses zu räumen sind.

1. Nach früherem Gewohnheitsrecht hatte der Mieter die Wohnung am Stichtage bis 12 Uhr mittags zu räumen.[4]

2. In den dem B.G.B. unterliegenden Mieteverhältnissen müssen Mieträume bei Beendigung des Mieteverhältnisses bis 12 Uhr mittags des auf die Beendigung nächstfolgenden Werktages geräumt werden (§ 25 A.G. z. B.G.B.). Voraussetzung ist aber, daß die gesetzliche oder vertragsmäßige Kündigungsfrist für den Vertrag mindestens ein Vierteljahr beträgt.[5]

III. Nach § 561 B.G.B. darf der Vermieter die Entfernung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen auch ohne Anrufen des Gerichts verhindern und, wenn der Mieter auszieht, die Sachen in seinen Besitz nehmen.

Zur Sicherung dieses Selbsthilferechts kann die Polizeibehörde die Postierung eines Beamten vor das Haus des Vermieters anordnen (§ 8 Mietezahlungsgesetz vom 16. Mai 1888).[6]

---

4) Vgl. Sten.Ber. der Bürg. 1899 S. 405; Niemeyer S. 190.

5) Daß die gesetzliche Kündigungsfrist kein volles Vierteljahr umfaßt, da die Kündigung noch am dritten Werktage des Vierteljahres auf dessen Schluß erfolgen kann, ist unerheblich. Denn die Kündigungsfrist wird trotzdem als vierteljährlich bezeichnet. So auch Mittelstein, Miete S. 231; Wulff III S. 13 Anm. 6. — Über die Setzung einer richterlichen Räumungsfrist im Falle der Verurteilung zur Räumung s. § 721 Z.P.O.

6) Vgl. Wulff III S. 50. Dieser Paragraph ist der einzige des Ges., welcher wegen seines öffentlichrechtlichen Charakters aufrechterhalten geblieben ist (vgl. Mittelstein, Miete S. 197 Anm. 4; Beibl. 1900 Nr. 176). Über den Antrag des Senats auf Aufhebung auch dieses Paragraphen vgl. Wulff a. a. O. Anm. 5. Der Paragraph hat seine praktische Bedeutung insofern zum großen Teil verloren, als früher alle eingebrachten, auch die an sich nicht pfändbaren Sachen dem Zurückbehaltungsrechte des Vermieters unterlagen, sofern nicht dem Vermieter vor der Einbringung das Eigentumsrecht Dritter bekannt geworden war (Niemeyer S. 129) und nach dem ehelichen Güterrecht ein Ausschluß der Haftung der Frau für die Mieteschuld regelmäßig nicht möglich war, während jetzt nur die eigenen Sachen des Mieters haften,

1. Voraussetzung hierfür ist:

a) Ein Ersuchen, und zwar

α) von seiten des Gerichts oder

β) ausnahmsweise bei dringender Gefahr direkt von seiten des Vermieters.

b) Übernahme der Kosten und der Gefahr seitens des Vermieters. Der Vermieter haftet dem Mieter, wenn er die Fortbringung der Sachen gesetzwidrig hindert, für allen Schaden, soweit er vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat.

c) Unvermögen des Mieters, die Zahlung oder Hinterlegung der letztverfallenen und der bis zum nächsten Quartalsende[7] laufenden Miete nachzuweisen.

2. Wie nach der früheren Praxis, wird auch nach heutigem Recht anzunehmen sein, daß eine Entfernung der Sachen „von dem Grundstücke" (§ 560 B.G.B.) nicht vorliegt, wenn der Wagen mit den Sachen noch vor dem Hause steht, daß vielmehr dann eine Rückschaffung der Sachen in die Wohnung durch das Selbsthilferecht erzwungen werden kann.[8]

3. Handelt die Polizei auf Ersuchen des Gerichts, so fungiert sie nur als Ausführungsorgan des Gerichts. Etwaige Beschwerden über die Maßregel sind beim Gericht anzubringen. Handelt die Polizei dagegen unmittelbar, so hat sie selbständig die Voraussetzungen zu prüfen. Etwaige Beschwerden sind hier an die vorgesetzte Verwaltungsbehörde zu richten. Die Gerichte sind nicht befugt, durch einstweilige Verfügung die Aufhebung der Maßregel anzuordnen.[9]

4. Die auf direkten Antrag des Vermieters angeordneten polizeilichen Maßregeln sind aufzuheben, wenn der Vermieter nicht spätestens am zweiten Werktage eine einstweilige Verfügung des Amtsgerichts beibringt, welche die Fortschaffung der Sachen verbietet.

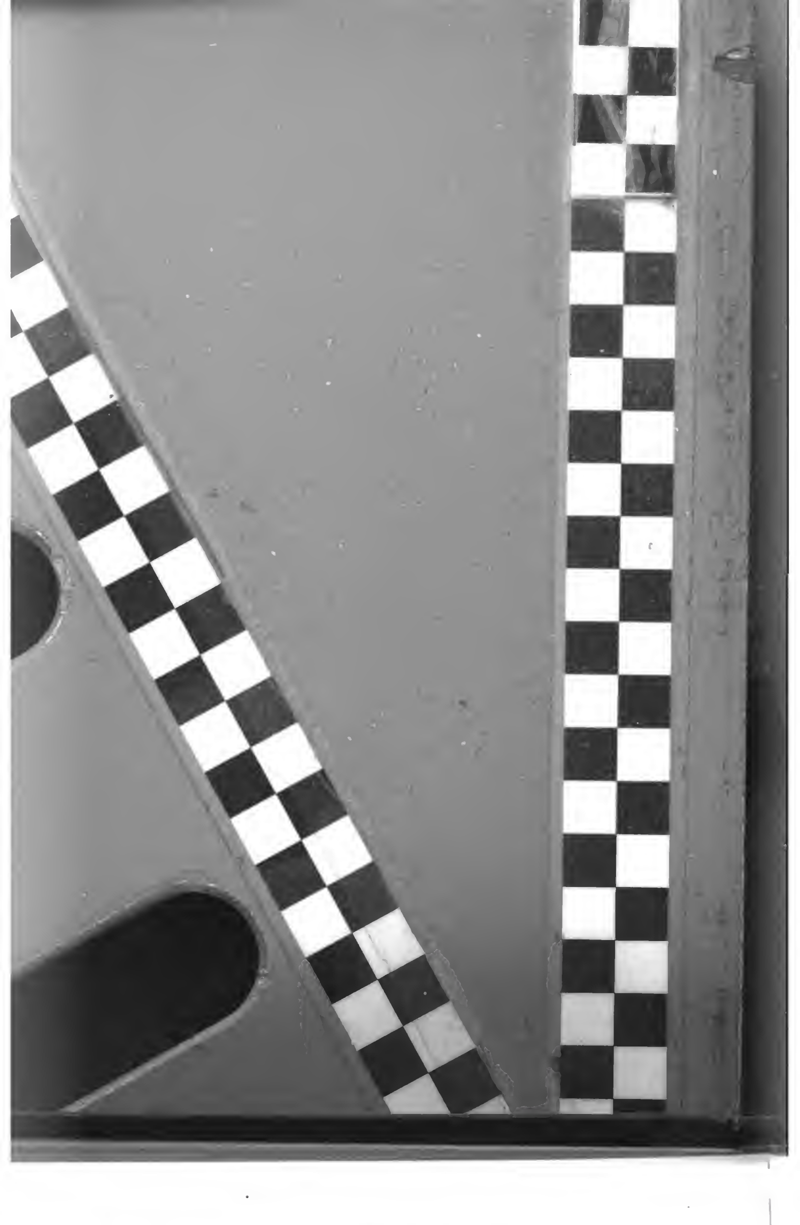
---

und auch diese nur, soweit sie pfändbar sind. Daher ist nicht nur das Pfandrecht des Vermieters jetzt wesentlich eingeschränkt, sondern auch bei der Verhinderung des Fortbringens von Sachen große Vorsicht geboten.

7) Das Gesetz spricht von gesetzlichen Umzugsterminen, welche das B.G.B. indessen nicht kennt. Doch ist sinngemäß das Ende des Kalendervierteljahres an die Stelle zu setzen. So auch Wulff III S. 51 Anm. 4.

8) Vgl. Mittelstein, Hamb. Ges. betr. Grundeigent. usw. S. 249 Anm. 3.

9) Vgl. Beibl. 1900 Nr. 176.



§ 43. Der Dienstbotenvertrag.

1. Im allgemeinen.

I. In Hamburg bestanden über den Gesindevertrag seit alter Zeit besondere Vorschriften, doch waren dieselben in verschiedenen Gesetzen und Verordnungen zerstreut,[1] welche teilweise auch in ihrer Gültigkeit bestritten waren und in verschiedenen Teilen des Staates galten.

Die Dienstbotenordnung vom 7. Dezember 1898,[2] welche nach langjährigen Verhandlungen zwischen Senat und Bürgerschaft zustande kam, kodifizierte das Gesinderecht für das gesamte Hamburgische Staatsgebiet. Durch dieses Gesetz, das am 15. April 1899[3] in Kraft getreten ist, sind alle früheren, das Gesinderecht betreffenden Gesetze und Verordnungen aufgehoben worden (§ 42).

Als Ergänzung der Dienstbotenordnung kommt das revidierte Gesetz betr. die Krankenversicherung der Dienstboten vom 17. Juli 1903[4] in Betracht.

Nach Art. 95 E.G. z. B.G.B. sind die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Gesinderecht angehören, unberührt geblieben, doch hat das Reichsrecht verschiedene Vorschriften des B.G.B. auch dem Landesrecht gegenüber für zwingend erklärt.

II. Verhältnis zwischen Reichs- und Landesrecht.

1. Kraft Reichsrechtes können gewisse Bestimmungen des B.G.B. über den Dienstvertrag durch Landesrecht nicht geändert werden. Vor

1) Vgl. Art. 1—8 Stat. II 9, Art. 73—75 des Landrechts, Bekanntmachung in betreff der Dienstboten in den Marschlanden v. 25. Febr. 1837 (Wulff 1. Aufl. II S. 279), Gesindeordnung für die Geestlande v. 2. Dez. 1844 (Wulff 1. Aufl. II S. 282), Verordnung betr. Veränderung der Umziehetermine und der Termine des Dienstbotenwechsels, sowie der Kündigungstermine v. 7. Januar 1846 (Wulff 1. Aufl. II S. 286), Gesindeordnung für Amt und Städtchen Bergedorf v. 13. Juli 1830, Dienstbotenordnung v. 1. August 1861, Verordnung in bezug auf das Gesinde im Hamb. Staate mit Ausnahme des Amtes Ritzebüttel v. 29. April 1881 (Wulff 1. Aufl. I S. 558). Durch § 12 Ges. v. 22. Juni 1894 wurden die für die Stadt Hamburg geltenden Vorschriften über das Gesindewesen auf das neu hinzutretende Gebiet ausgedehnt. — Vgl. hierzu Aussch.Ber. der Bürg. 1896 Nr. 27; Baumeister I S. 357, Niemeyer S. 208.

2) Vgl. Ges.Samml. 1898 I S. 199; Wulff III S. 52; weiter Novelle v. 11. Okt. 1901 (Ges.Samml. 1901 I S. 125), Ausführungsver. v. 7. Dez. 1898 (Wulff III S. 75) und 1. April 1899 (Wulff III S. 78). — Literatur: Brackenhoeft, Der Entwurf einer Dienstbotenordnung für Hamburg 1888; derselbe, Polizei und Reichsrecht in Gesindestreitigkeiten 1898; Röpke, Die Hamburgische Dienstbotenordnung nebst dem Reglement für die Gesindevermieter 1899; Francke, Die Hamburger Dienstbotenordnung vom 7. Dezember 1898 nebst den zugehörigen Gesetzen, wie sie von Neujahr 1900 an gelten, mit Bemerkungen und Verzeichnissen 1899.

3) Vgl. § 42 Dienstbotenordn., Bek. v. 4. März 1899.

4) Vgl. Wulff IV S. 277.

allem darf dem Dienstherrn ein Züchtigungsrecht nicht eingeräumt werden. Sodann sind zwingend die Vorschriften über

a) die Willenserklärungen der geschäftsunfähigen und geschäftsbeschränkten Personen (§§ 104—115, 131 B.G.B.), insbesondere betr. die Geschäftsfähigkeit eines Minderjährigen, der von seinem gesetzlichen Vertreter ermächtigt worden ist, in Dienst oder Arbeit zu treten (§ 113 B.G.B.);

b) die vertragliche und außervertragliche Haftung für Gehilfen und Angestellte (§§ 278, 831, 840 Abs. 2 B.G.B.);

c) die Pflicht des Dienstherrn zur Fürsorge für den Dienstnehmer hinsichtlich Krankheiten und Gefahren (§§ 617—619 B.G.B.), doch kann das Landesrecht dem Dienstnehmer für den Fall der Erkrankung weitergehende Ansprüche gewähren;

d) die Kündbarkeit eines auf Lebenszeit oder länger als fünf Jahre eingegangenen Dienstverhältnisses (§ 624 B.G.B.);

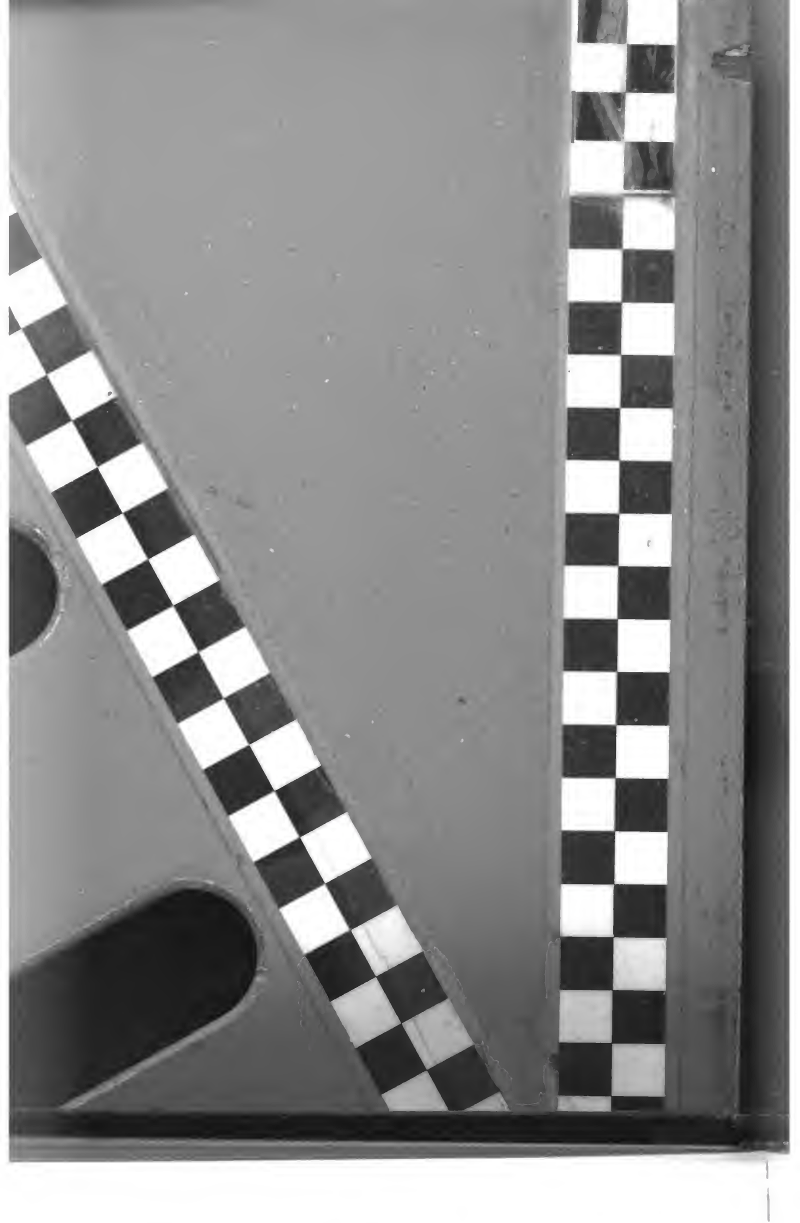
e) die Kündbarkeit eines Dienstverhältnisses einer Ehefrau durch den Ehemann (§ 1358 B.G.B.).

2. Ferner bleiben in Kraft und können durch das Landesrecht nicht abgeändert werden die Vorschriften anderer Reichsgesetze als des B.G.B. über den Dienstvertrag,[5] insbesondere über den Gerichtsstand der Dienstboten (§ 20 Z.P.O.), die Kündigung und das Vorrecht im Konkurse (§§ 20, 61 Ziff. 1 K.O.), die Unpfändbarkeit ihrer Lohnforderungen (§ 850 Ziff. 1 Z.P.O., Gesetz vom 21. Juni 1869) sowie das Recht auf vorzugsweise Befriedigung in der Immobiliarzwangsvollstreckung (§ 10 Ziff. 2 Z.V.G.).

In diesen Fällen bestimmt sich aber der Begriff des Dienstboten oder Gesindes nach dem Landesrecht.

3. Abgesehen von den vorstehend aufgeführten Punkten steht es dem Landesrecht frei, Bestimmungen über den Gesindevertrag zu treffen, welche nicht nur die im Buche II Abschnitt 7 Titel VI des B.G.B. geregelten Fragen betreffen, sondern die sich auch auf die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. beziehen. Der Vorbehalt des Art. 95 ist ein allgemeiner,[6] er bezieht sich nicht bloß auf die Materie, soweit sie im B.G.B. im Titel über den Dienstvertrag geregelt ist, wie sich schon daraus ergibt, daß die zwingenden Vorschriften des Abs. 2 Fragen aus den verschiedensten Teilen des B.G.B. betreffen.

5) Vgl. Planck VI Art. 95 Anm. 5; Kisch S. 259.
6) Vgl. § 1 III 3; Planck VI Art. 95 Anm. 2.



Das Landesrecht ist danach in der Lage, das Recht des Gesindevertrages in umfassender und soweit Art. 95 nicht anders bestimmt, ausschließlicher Weise zu regeln, und zwar auch mit Rücksicht auf die Wirkungen gegenüber Dritten. Das ist für Hamburg aber in diesem Maße nicht geschehen. Vielmehr sind nur eine Reihe von Punkten geregelt, auch ist den Vereinbarungen der Parteien ein weiter Spielraum gelassen worden. Soweit in der Dienstbotenordnung eine Regelung nicht vorgesehen ist, greift das B.G.B. Platz,[7] doch steht es der Landesgesetzgebung jederzeit frei, noch nachträglich besondere Vorschriften über die bisher nicht geregelten Punkte zu treffen (Art. 218 E.G. z. B.G.B.).

III. Geltung der Dienstbotenordnung.

1. Das Geltungsgebiet des Gesetzes erstreckt sich auf das ganze Hamburgische Staatsgebiet (§ 1 Dienstbotenordn.).

Der Senat ist aber berechtigt, für bestimmte Teile des Landesgebiets die gesetzlichen Antritts- und Abgangszeiten anderweitig als in der Dienstbotenordnung geschehen, zu bestimmen (§ 5 Abs. 5). S. § 44 Anm. 9.

2. Die getroffene landesgesetzliche Regelung bezieht sich bloß auf den Dienstbotenvertrag,[8] d. h. auf den Vertrag zwischen einer Dienstherrschaft und einem Dienstboten. Die Hamburgische Gesetzgebung gebraucht nicht den in den meisten Bundesstaaten üblichen Ausdruck „Gesinde“, sondern den in Hamburg gebräuchlicheren Begriff „Dienstbote“.[9]

Der Landesgesetzgebung ist nicht nur die Regelung des Gesindevertrages, sondern auch die Bestimmung des Begriffs des Gesindes oder Dienstboten überlassen.[10]

---

7) So gelten z. B. die allgemeinen Bestimmungen des B.G.B. über Verträge und insbesondere über gegenseitige Verträge, ferner die Vorschriften des § 613, daß im Zweifel die Dienste in Person zu leisten sind und der Anspruch auf die Dienste unübertragbar ist, des § 616 über die Fortzahlung des Lohnes, wenn der Dienstbote für kurze Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund unverschuldet an der Dienstleistung verhindert wird.

8) In dem ursprünglichen Text der Dienstbotenordn. (§ 2) war der Dienstbotenvertrag bloß als Dienstvertrag bezeichnet. Durch die Novelle v. 11. Okt. 1901 ist dieser Ausdruck im § 2 in Dienstbotenvertrag geändert worden, im übrigen hat man das Wort Dienstvertrag stehen lassen. Doch bezieht sich letzteres ausschließlich auf Dienstbotenverträge.

9) Baumeister (I S. 357) spricht ebenfalls nur von „Dienstboten“, nicht von „Gesinde“.

10) In der Reichstagskommission (Kommissionsbericht S. 51) hatte man eine Definition des Begriffs des Gesindes vorgeschlagen, doch hat man diesen Antrag abgelehnt, um der Landesgesetzgebung freien Spielraum zu lassen. Inwieweit die Landesgesetzgebung hierbei über den üblichen Begriff des Ge-

Die in § 2 Dienstbotenordn. gegebene Legaldefinition bezeichnet als **Dienstbotenverträge** diejenigen **Verträge, welche ausschließlich oder hauptsächlich die Leistung von Diensten im Haushalt oder in der Landwirtschaft gegen eine Vergütung zum Gegenstande haben,** sofern nicht vertraglich die Dauer der Beschäftigung im voraus im Stadtgebiete auf weniger als eine Woche, im Landgebiet auf weniger als vier Wochen beschränkt ist. Einen Unterschied zwischen männlichen und weiblichen Dienstboten kennt das Gesetz nicht.

a) Demnach sind folgende Voraussetzungen für den Begriff des Dienstboten erforderlich:

α) Der Dienstnehmer muß **ausschließlich oder hauptsächlich Dienste im Haushalt oder in der Landwirtschaft** leisten. Wenn er solche Dienste nur **nebenbei**, hauptsächlich aber Dienste anderer Art leistet, so ist er kein Dienstbote. Die Dienste müssen **niederer** Art sein, wie sie nach der allgemeinen Lebensauffassung von Dienstboten verlangt werden.

Im **Haushalt** werden die Dienste entweder dem Herrn selbst oder gleichzeitig auch seinen Hausangehörigen oder sonst im Interesse seiner häuslichen Wirtschaft geleistet. Ob die Dienste in der Stadt oder auf dem Lande geleistet werden, ist unerheblich; ebenso unter welchem Namen sie geleistet werden. Außer Köchinnen, Kindermädchen, Kammerdienern, Lakeien können auch sog. Kinderfräulein, Bonnen und Stützen der Hausfrau zu den Dienstboten gerechnet werden, wenn sie im wesentlichen niedere Dienste leisten und nicht im Haushalte oder der Kindererziehung eine gewisse selbständige Stellung einnehmen. Auch Ammen gehören zu den Dienstboten (§ 4 Dienstbotenordn.).

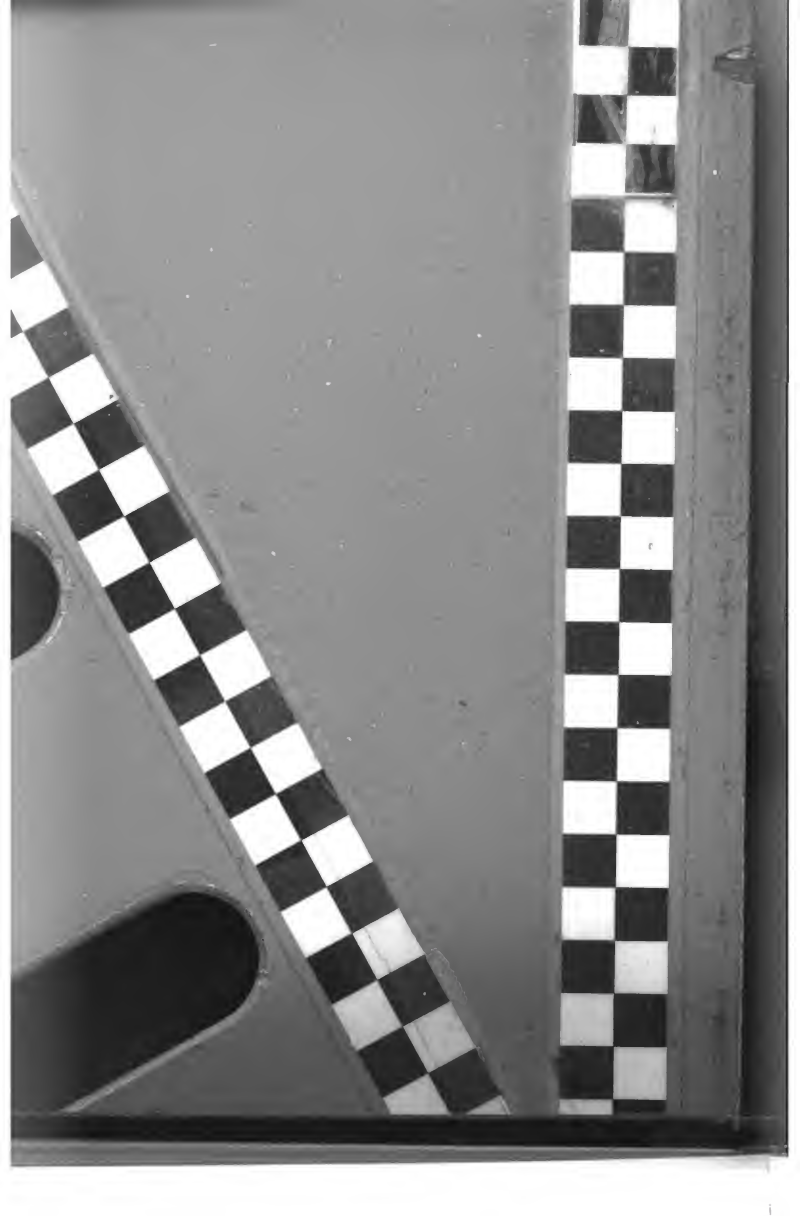
Nicht zu den Dienstboten gehören hiernach diejenigen, welche Dienste höherer Art leisten,[11] sowie diejenigen, welche ausschließlich im Gewerbebetriebe des Dienstherrn[12] tätig sind. Auch wenn letztere nicht unter die Gewerbeordnung fallen, sind sie nicht als Dienstboten anzusehen. Zweifelhaft kann es sein, wie diejenigen zu behandeln sind, die teils im

---

sindes hinausgehen kann, interessiert hier nicht, da die Hamburgische Gesetzgebung diese Grenze jedenfalls nicht überschritten hat. Vgl. im übrigen bez. der verschiedenen hierüber aufgestellten Ansichten **Wulff** III S. 53 Anm. 2.

11) Z. B. Erzieher, Lehrer, Gesellschafter, Privatbeamte.

12) Gesellen, Handlungsgehilfen, Köchinnen und Kellner in Restaurants sind keine Dienstboten. Auch der Kutscher eines Arztes ist in einer Entscheidung der Hamburger Polizeibehörde nicht als Dienstbote, sondern als Geschäftskutscher angesehen worden (**Röpke** S. 19).



Haushalte, teils im Gewerbebetriebe tätig sind. Hier kommt es darauf an, welche Tätigkeit überwiegt.[13] Nicht zu den Dienstboten gehören ferner Krankenpfleger, Wochenwärterinnen, da diese nicht ausschließlich oder hauptsächlich häusliche Dienste verrichten.

In der Landwirtschaft werden Dienste geleistet, wenn sie der Urproduktion des Landmanns beim Ackerbau, aber auch bei der Viehzucht, dem Gemüse- und Obstbau, sowie bei der Forstwirtschaft dienen. So gehören Ackerknechte, Viehmägde, Hirten zu den Dienstboten.[14] Dagegen unterliegt die Beschäftigung in landwirtschaftlichen Nebengewerben nicht dem Gesinderecht.

β) Der Dienstherr muß dem Dienstnehmer eine Vergütung gewähren. Diese Voraussetzung fehlt z. B., wenn die Ehefrau oder Kinder im Haushalte des Mannes oder Vaters Dienste leisten. Doch ist es möglich, daß die Kinder zu den Eltern in ein wahres Dienstbotenverhältnis treten, während dies bei der Ehefrau schon mit Rücksicht auf die mit dem Dienstbotenverhältnis verbundene Pflicht zur Unterordnung (s. unter δ) ausgeschlossen ist.

Die Vergütung braucht nicht in Geld geleistet zu werden. Sie kann ausschließlich oder teilweise in Naturalien, Kost, Wohnung, sowie in den vereinbarten Weihnachtsgeschenken bestehen.[15]

γ) Es muß eine gewisse Ständigkeit des Dienstverhältnisses vorliegen. Das Verhältnis darf nicht im voraus auf eine kurze Dauer, und zwar im Stadtgebiet auf weniger als eine Woche, im Landgebiet

13) So mit Recht Dernburg III 2 S. 472; Wulff III S. 53 Anm. 5; Schicker, G.O. S. 581; Oertmann S. 211; Kloß S. 76. Die Entscheidung von der Absicht der Parteien abhängig zu machen, wie Landmann, G.O. (II S. 7) will, dürfte ohne praktische Bedeutung sein, da die Parteien hierüber ausdrücklich nur selten etwas bestimmen werden und man dann aus dem Überwiegen der einen oder andern Tätigkeit auf die Absicht der Parteien wird schließen müssen. Am schwierigsten ist die Frage bei den Bediensteten der Gasthäuser. Die Kellnerin, welche gelegentlich im Hause, in der Familie mitarbeitet, wird dadurch nicht zum Dienstboten, ebenso wie der Dienstbote diese Eigenschaft nicht dadurch verliert, daß er gelegentlich den Gästen seiner Herrschaft in deren Wirtschaft Speisen oder Getränke bringt. Kellner, Köche, Portiers von Gasthäusern sind nicht zu den Dienstboten zu rechnen, ebensowenig aber auch Hausknechte und Zimmermädchen, trotzdem diese Arbeiten verrichten, welche sonst zum Haushalt gehören; aber sie erledigen diese Arbeiten nicht im Haushalte ihres Dienstherrn, sondern in dessen Gewerbebetriebe.

14) Auch wohl der Gärtner, wenngleich es nicht entscheidend ist, daß die Gärtnerei nicht unter die Gewerbeordnung fällt. Vgl. Dernburg III 2 S. 472 Anm. 10, Oertmann S. 212.

15) Mit Recht nimmt Kloß (S. 77) an, daß die Vergütung nicht wieder in Diensten, z. B. der Ausbildung im Haushalt oder einer Sprache bestehen kann, so daß die Stellung ‚au pair‘ nicht unter das Gesinderecht fällt.

auf weniger als vier Wochen beschränkt sein.[16] Wesentlich ist hierbei nicht die rechtliche Konstruktion des Vertrages, insbesondere ob derselbe von Tag zu Tag aufgehoben werden kann, sondern ob von vornherein eine kurze oder eine lange oder unbestimmte Dauer in Aussicht genommen ist. Es gehören also die sog. Morgen-, Tag-, Nachmittagsmädchen und -frauen auch zu den Dienstboten, nicht aber Wasch- und Scheuerfrauen, sowie auf dem Lande die Arbeiter, welche nur für vorübergehende Leistungen, wie Erd- und Erntearbeiten, angenommen werden.

δ) Es muß eine gewisse Unterordnung des Dienstnehmers unter den Dienstherrn bestehen. Das Dienstbotenverhältnis beruht auch heute noch auf einer patriarchalischen und autoritativen Stellung des Dienstherrn.[17] Dies ist zwar in der Begriffsbestimmung nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber aus § 10 der Dienstbotenordn., wonach der Dienstbote der Dienstherrschaft und deren erwachsenen Angehörigen Gehorsam schuldig ist.

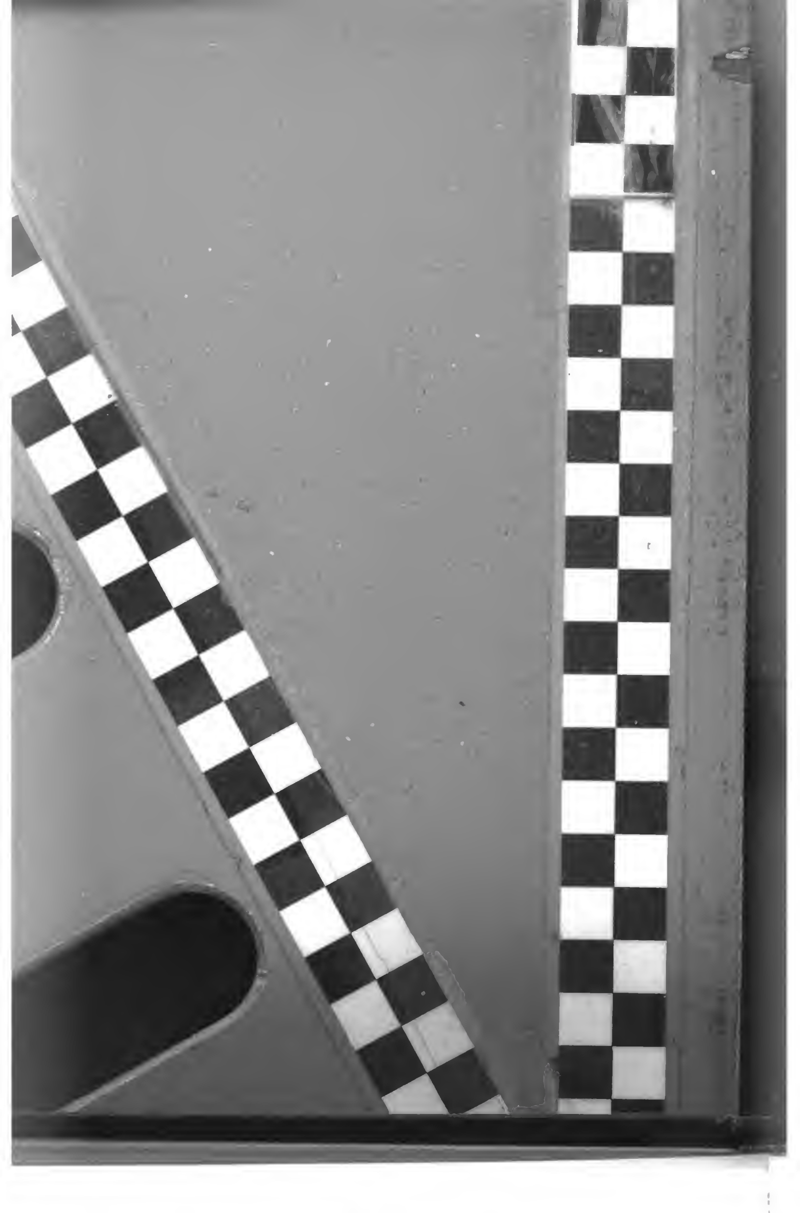
ε) Ob der Eintritt in die häusliche Gemeinschaft des Dienstherrn Voraussetzung für das Vorliegen eines Dienstbotenverhältnisses ist, ist zweifelhaft. Die Regel bildet jedenfalls die vollständige häusliche Gemeinschaft; auch wird man eine gewisse häusliche Gemeinschaft jedenfalls fordern müssen; es genügt aber, wenn dieselbe bloß bei Tage vorhanden ist. Daß der Dienstbote ganz im Hause des Dienstherrn wohnt, insbesondere dort schläft, ist nach dem Hamburgischen Recht nicht wesentlich. Das ergibt sich aus § 22 Ziff. 4, wo dem Dienstboten das Recht zur sofortigen Kündigung gewährt wird, falls er bei dem Dienstherrn wohnt und ihm keine ordnungsmäßige Schlafstätte gewährt wird. Danach muß es auch Dienstboten geben, welche nicht im Hause der Dienstherrschaft wohnen.[18]

---

16) Diese Fassung hat die Dienstbotenordn. durch die Nov. v. 11. Okt. 1901 erhalten. Ursprünglich sollte ein Dienstbotenvertrag nur vorliegen, falls er im voraus in der Stadt auf mindestens eine Woche, auf dem Lande auf mindestens vier Wochen abgeschlossen war. Das Gesetz ist geändert worden, weil auch die Verträge mit unbestimmter Dauer ihm unterstellt werden sollten, sofern sie nicht von vornherein als auf kurze Zeit geschlossen anzusehen sind. S. Wulff III S. 54 Anm. 2.

17) Vgl. Dernburg III 2 S. 470.

18) So auch Francke S. 14 Anm. 2, sowie für das preußische Recht Lindenberg, Das preußische Gesinderecht S. 6, für das bayerische Oertmann S. 210, für das sächsische Kloß S. 77; a. M. für das badische Recht Dorner-Seng S. 86. Weiter gehen bei der allgemeinen Darstellung des Gesinderechts Dernburg (III 2 S. 471), Crome, System des bürgerl. Rechts II S. 662, Cosack, Lehrbuch des bürg. Rechts S. 532. Die Mot. zur Nov. v. 11. Okt. 1901 (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1901 S. 373) sprechen von



b) Die Dienstbotenordnung findet unter keinen Umständen Anwendung auf alle diejenigen Personen, deren Dienstverhältnisse durch besondere Reichsgesetze geregelt worden sind, insbesondere nicht auf Handlungsgehilfen und -lehrlinge, auf gewerbliche Arbeiter, auf die Schiffsmannschaft auf Kauffahrteischiffen, Binnenschiffen und Flößen.[19]

§ 44.

2. Eingehung des Dienstbotenvertrages. Rechte und Pflichten der Parteien.

I. Die Eingehung des Dienstbotenvertrages unterliegt im wesentlichen den Vorschriften des B.G.B.

1. Insbesondere bestimmt sich die Fähigkeit der Parteien zum Abschlusse eines solchen Vertrages nach diesen Vorschriften.

a) Die Annahme der Dienstboten für den gemeinschaftlichen Hausstand ist Sache des Ehemanns (§ 1354 B.G.B.). Innerhalb ihrer Schlüsselgewalt kann aber die Ehefrau als Vertreterin ihres Mannes auch Dienstboten anstellen, doch beschränkt sich dies Recht auf ihren häuslichen Wirkungskreis (§ 1357 B.G.B.). Sie kann also Dienstmädchen, Köchinnen, auch Köche und Burschen zum Stiefelputzen,[1] dagegen nicht Kammerdiener und Kutscher für ihren Mann annehmen. Auch darf sie ihre gesellschaftlichen und ökonomischen Verhältnisse nicht überschreiten.[2]

b) Die Fähigkeit, sich als Dienstbote zu vermieten, ergibt sich ebenfalls aus dem B.G.B.

α) Für Minderjährige kommen insbesondere die §§ 104 bis 115 B.G.B. in Betracht.[3] Von Wichtigkeit ist namentlich, daß, wenn der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen ermächtigt, in Dienst zu treten, der Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig ist für solche

---

einem Eintritt in die häusliche Gemeinschaft, doch ergibt sich daraus, daß sie am gleichen Orte die Morgen- und Tagmädchen zu den Dienstboten zählen, daß sie ein Schlafen im Hause der Dienstherrschaft nicht für wesentlich erachten.

19) Vgl. H.G.B. I Abschn. VI; G.O. Tit. VII; Seemannsordnung v. 2. Juni 1902; Binnenschiffahrtsgesetz §§ 21—25; Flößereigesetz v. 15. Juni 1895 §§ 16, 17.

1) Die Beschränkung auf weibliches Personal bei Wulff III S. 55 Anm. 6 (auf S. 56) ist nicht begründet. Zu allgemein ist Dernburg III 2 S. 474. Vgl. auch Beibl. 1900 Nr. 108.

2) Mit Recht weist Oertmann (S. 214) darauf hin, daß die Frau eines kleinen Beamten keine Kammerzofe, die eines Arbeiters keine Köchin wirksam dingen könne.

3) Diese Bestimmungen sind zwingendes Recht. S. § 43 II 1.

Rechtsgeschäfte, welche die Eingehung oder die Erfüllung der sich aus dem Dienstverhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen. Ist die Ermächtigung für einen einzelnen Fall erteilt, so gilt sie im Zweifel als allgemeine Ermächtigung zur Eingehung derartiger Verhältnisse.

Verweigert der Vormund die Erteilung der Ermächtigung, so hat das Vormundschaftsgericht dieselbe auf Antrag des Minderjährigen zu ersetzen, wenn sie im Interesse des Mündels liegt (§ 113 B.G.B.).

β) Hat sich eine Ehefrau als Dienstbote vermietet, so kann der Ehemann mit Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts das Dienstbotenverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen, es sei denn, daß der Ehemann der Eingehung des Vertrages zugestimmt hat oder seine Zustimmung durch das Vormundschaftsgericht ersetzt worden ist. Ist die häusliche Gemeinschaft aufgehoben, so steht das Kündigungsrecht dem Manne nicht zu (§ 1358 B.G.B.).[3]

2. Der Abschluß des Dienstbotenvertrages unterliegt keiner besonderen Form.

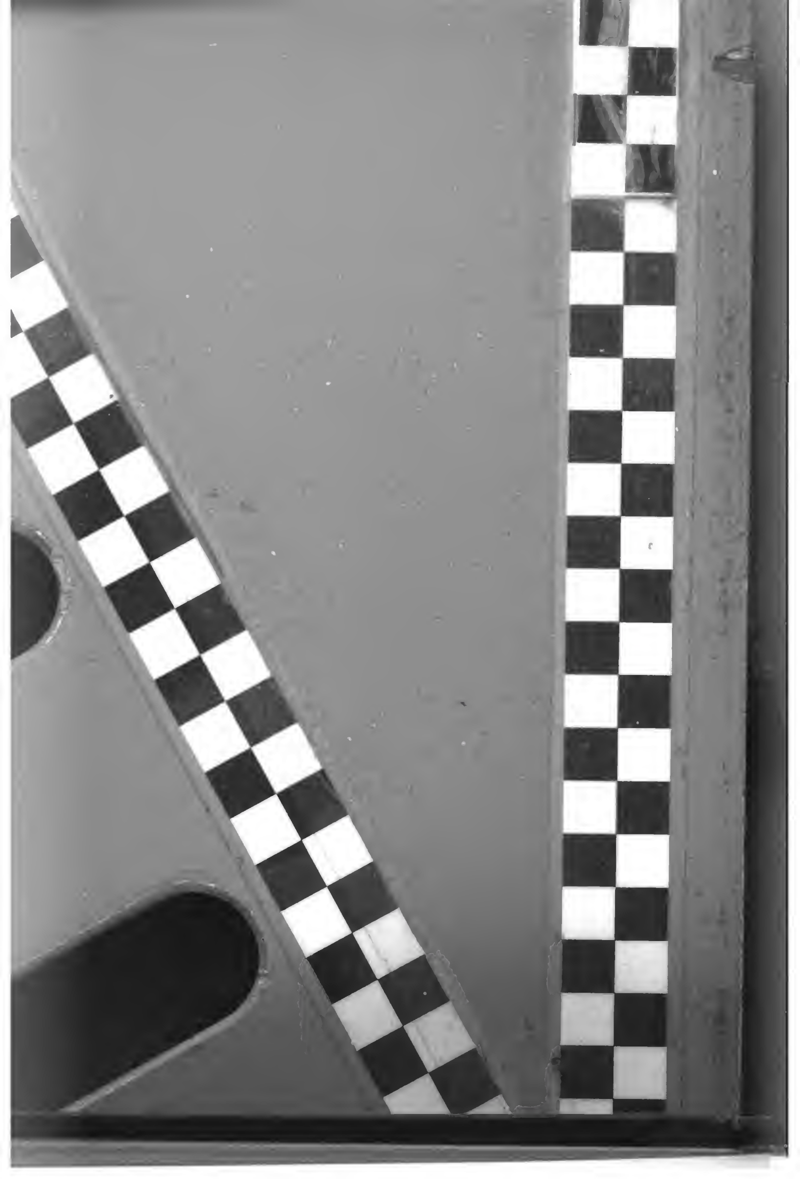
a) Der Vertrag kann schriftlich und mündlich (§ 3 Dienstbotenordn.), auch durch stillschweigende Handlungen abgeschlossen werden. Wird ein Dienst angetreten, so begründet dies die Vermutung des Abschlusses eines Vertrages.

b) Die Hingabe eines Mietsgeldes ist für den Abschluß des Vertrages nicht wesentlich, Hingabe und Annahme des Mietsgeldes enthält nur eine Vermutung für den Abschluß eines Vertrages. Als Reugeld gilt das Mietsgeld im Zweifel nicht.[4]

Das Mietsgeld geht in das Eigentum des Empfängers über und ist regelmäßig auf den Lohn nicht anzurechnen. Es ist zurückzuzahlen, wenn der Vertrag vor dem Dienstantritt vom Dienstboten berechtigt oder unberechtigt und vom Dienstherrn berechtigt aufgelöst (s. unter III), sowie wenn er nach kürzerer als einmonatiger Dauer wegen Heirat, Änderung in den Verhältnissen der Eltern des Dienstboten, unrechtmäßigen Verlassens des Dienstes seitens des Dienstboten oder berechtigter sofortiger Entlassung seitens der Dienstherrschaft aufgehoben wird (§ 29 Dienstbotenordn.).

c) Für den Abschluß eines Ammendienstvertrages ist die Vorlegung einer amtlichen ärztlichen Bescheinigung erforderlich, daß der Gesundheitszustand der Amme den Anforderungen

4) Die Vorschriften über das Mietsgeld weichen von denen der §§ 336, 337 B.G.B. ab. § 336 Abs. 2 B.G.B. ist aber dadurch nicht beseitigt.



eines derartigen Dienstes entspricht.[5] Die Bescheinigung gilt nur für 3 Tage (§ 4 Dienstbotenordn.).

Übertretung dieser Vorschrift macht den Vertrag nichtig und beide Parteien strafbar (§ 40 Dienstbotenordn.).

3. Der Abschluß des Dienstbotenvertrages untersteht einer gewissen polizeilichen Aufsicht.

a) Jeder Dienstbote muß im Besitz eines Hamburgischen Dienstbuches sein.

α) Die Ausfertigung eines solchen muß von jedem Dienstboten, der dasselbe noch nicht besitzt, binnen drei Tagen nach Antritt des Dienstes bei der Polizei beantragt werden, welche dasselbe gegen eine Gebühr aushändigt (§§ 34—37 Dienstbotenordn.).

β) Das Dienstbuch ist vom Dienstboten der Dienstherrschaft vorzulegen, welche beim Ein- und Austritt des Dienstboten die erforderlichen Eintragungen in dasselbe vorzunehmen hat (§ 38 Dienstbotenordn.). Gegen den Willen des Dienstboten darf ein Zeugnis in das Dienstbuch nicht eingetragen werden.

γ) Das Dienstbuch darf dem Dienstboten nicht vorenthalten werden (§ 34 Dienstbotenordn.). Zuwiderhandeln macht die Dienstherrschaft ebenso schadensersatzpflichtig, als wenn sie unbefugt ein Zeugnis in das Dienstbuch einträgt.

b) Jeder Dienstbote hat sich beim Wechsel seiner Stelle bei der Polizei zu melden, auch hat die Dienstherrschaft für die Anmeldung des Dienstboten bei der Dienstbotenkrankenkasse zu sorgen (§ 39 Dienstbotenordn.). S. auch IV 2 d β.

II. Dauer des Dienstverhältnisses (§ 5 Dienstbotenordn.).

1. Über die Dauer des Dienstbotenvertrages entscheidet in erster Linie die Abrede der Parteien.[6] Ist aber das Dienstverhältnis für die Lebenszeit der Parteien oder für längere Zeit als fünf Jahre eingegangen, so kann es von dem Dienstboten nach fünf Jahren mit sechsmonatiger Frist gekündigt werden.[7]

2. Liegt eine Abrede nicht vor, so ist zu unterscheiden zwischen Dienstverhältnissen auf „rechte Zeit" und sonstigen Dienstverhältnissen.

5) Über den Einfluß des Fehlens der Milch bei der Amme auf den Fortbestand des Vertrages vgl. Anm. 11 und § 45 Anm. 8.

6) Aus der üblichen Festsetzung eines Jahreslohns folgt nicht, daß der Vertrag auf die Dauer eines Jahres abgeschlossen sein soll.

7) Diese Bestimmung des § 624 B.G.B. ist durch Art. 95 Abs. 2 E.G. zu einer zwingenden gemacht worden.

a) Wird als Antritts- oder Abgangstermin die „rechte Zeit", d. h. der zweite Sonntag nach dem 1. Mai [8] oder dem 1. November bestimmt, so gilt ein solcher Vertrag auf ein halbes Jahr, bei wesentlich landwirtschaftlichen Arbeiten auf ein Jahr geschlossen.[9] Über die Kündigungsfrist s. § 45 I 3 a.

b) Verträge, welche auf einen andern als den vorgenannten Antrittstermin geschlossen werden, gelten als monatsweise bis zu dem dem Antrittstage entsprechenden Tage des folgenden Monats geschlossen.

3. Wenn die Verträge nicht rechtzeitig auf ihren Endtermin gekündigt werden, so laufen sie immer um die ursprüngliche Vertragsdauer weiter.

III. Rücktritt vom Vertrage vor Beginn der Dienstzeit.

Das Hamburgische Recht hat schon früher besondere Vorschriften für den Fall getroffen, daß ein Dienstherr den Dienstboten seinen Dienst nicht antreten läßt oder ein Dienstbote zum Dienstantritt nicht erscheint.[10] Dieser Rücktritt vom Vertrage ist auf der Grundlage des alten Rechts der Dienstbotenordnung besonders geregelt. Er ist entweder ein berechtigter oder ein unberechtigter.

1. Berechtigung zum Rücktritt.

a) Die Dienstherrschaft kann vor dem Dienstantritt vom Vertrage zurücktreten und dabei die Rückzahlung des Mietsgeldes, aber keine weitere Entschädigung fordern beim Bestehen erheblicher in der Person des Dienstboten liegender Gründe (§ 8 Dienstbotenordn.).

Als solche Gründe gelten namentlich: [11]

α) unwahre Angaben des Dienstboten über seine Persönlichkeit und sein Vorleben, bezw. Verschweigung erheblicher hierauf bezüglicher Tatsachen;

β) Verheiratung nach dem Abschluß des Dienstvertrages ohne Genehmigung der Dienstherrschaft;

γ) Versäumung des Dienstantritts am Antrittstage durch eigenes Verschulden bis 10 Uhr abends.

---

8) Fällt der Sonntag mit dem Pfingstfest zusammen, so wird er um eine Woche verschoben.

9) Für das Amt Ritzebüttel sind durch Ver. des Senats v. 27. März 1899 (Wulff III S. 75) diese Termine für männliche Dienstboten auf den 25. März und 1. Oktober, für weibliche auf den ersten Sonntag nach Ostern und nach dem Michaelistage festgesetzt worden.

10) Vgl. Baumeister I S. 357; Niemeyer S. 218.

11) Darunter fällt aber auch z. B. der Fall, daß die Amme keine genügende Milch besitzt; vgl. Deutsche Juristenztg. 1906 S. 1312.



Außerdem können aber noch andere erhebliche Gründe in Betracht kommen, z. B. Begehung einer strafbaren Handlung nach Abschluß des Vertrages, wegen deren ein Dienstvertrag auch später noch aufgelöst werden kann. S. § 45 I 7.

b) Der Dienstbote darf gleichfalls beim Vorliegen gewisser Gründe vom Vertrage zurücktreten (§ 9 Dienstbotenordn.). Er hat dann der Dienstherrschaft sofort von dem Eintritt des Hinderungsgrundes Mitteilung zu machen. Unterläßt er dies, so verliert er nicht sein Rücktrittsrecht, wird aber der Herrschaft für die Verspätung schadensersatzpflichtig.[12] Tritt der Dienstbote berechtigt vom Vertrage zurück, so hat er auf Verlangen der Dienstherrschaft das Mietsgeld zurückzugeben.

Das Gesetz führt drei Gründe auf, die den Dienstboten zum Rücktritt berechtigen sollen. Diese Gründe sind aber nur als Beispiele anzusehen, es treten jedenfalls diejenigen hinzu, welche den Dienstboten berechtigen, den angetretenen Dienst ohne Kündigungsfrist zu verlassen; denn wenn ein Dienstbote berechtigt sein soll, nach Antritt des Dienstes beim Eintritt eines bestimmten Grundes den Vertrag sofort aufzulösen, so muß er auch befugt sein, den Dienstantritt beim Vorliegen desselben Grundes zu unterlassen.[13] Das Gesetz stellt folgende Rücktrittsgründe auf:

α) Krankheit und sonstige unverschuldete Hinderung an der Erfüllung des Vertrages;

β) Wohnsitzverlegung der Herrschaft außerhalb Hamburgs oder diesbezügliche Absicht ohne Mitteilung an den Dienstboten vor oder bei Abschluß des Vertrages;

γ) Verheiratung des Dienstboten, Übernahme oder Errichtung einer eigenen Wirtschaft nach Abschluß des Vertrages infolge später eingetretener Umstände.

2. Im Falle unberechtigten Rücktritts vom Vertrage, wenn also die Dienstherrschaft dem Dienstboten die Gestattung des Dienstantritts verweigert,[14] oder der Dienstbote nicht antritt, ver-

12) So mit Recht Wulff III S. 59 Anm. 4.

13) Vgl. das Nähere bei Wulff III S. 58 Anm. 8.

14) Dieser Fall liegt nicht vor im Falle einer bloßen Verzögerung seitens der Dienstherrschaft.

liert die schuldige Partei das Mietsgeld und hat dem unschuldigen Teil einen Straflohn[15] zu bezahlen (§§ 6, 7 Dienstbotenordn.).[16]

Der Straflohn beträgt, wenn der Vertrag auf Monate geschlossen ist, einen Monatslohn, in andern Fällen den für die ganze Mietezeit bedungenen Lohn, höchstens aber einen solchen für ein Vierteljahr. Beköstigt sich der Dienstbote selbst, so ist bei der Berechnung des Straflohns ein dem Aufwand für die Selbstbeköstigung entsprechender Betrag, falls nicht etwas anderes vereinbart ist, in Höhe von 1 Mk. für jeden Tag von dem wirklich gezahlten Lohn in Abrechnung zu bringen (§ 30 Dienstbotenordn.).

Bei Dienstverhältnissen von kürzerer als vierteljährlicher Dauer ist der Dienstbote berechtigt, ein angemessenes Kostgeld[17] für die Dauer des Dienstverhältnisses, höchstens für einen Monat, neben dem Lohne zu fordern (§ 6 Abs. 2 Dienstbotenordn.), soweit die Beköstigung nicht vertragsmäßig ihm selbst obliegt.

Dieser Straflohn bildet einen gesetzlich fixierten Schadensersatzanspruch und schließt die Geltendmachung eines weiteren Schadens aus; die Existenz und Höhe des tatsächlich eingetretenen Schadens ist unerheblich.[18]

Der Fall, daß ein Dienstbote sich gleichzeitig bei mehreren Dienstherrschaften vermietet, ist in der Dienstbotenordnung nicht besonders vorgesehen, insbesondere ist nicht bestimmt, daß er dann bei dem ersten Dienstherrn einzutreten hat. Jedenfalls hat dann jeder Dienstherr, dem gegenüber der Dienstbote vertragsbrüchig geworden ist, einen Anspruch auf Mietsgeld und Straflohn, sowie auf Erfüllung, falls man einen solchen Anspruch an sich anerkennt.[16]

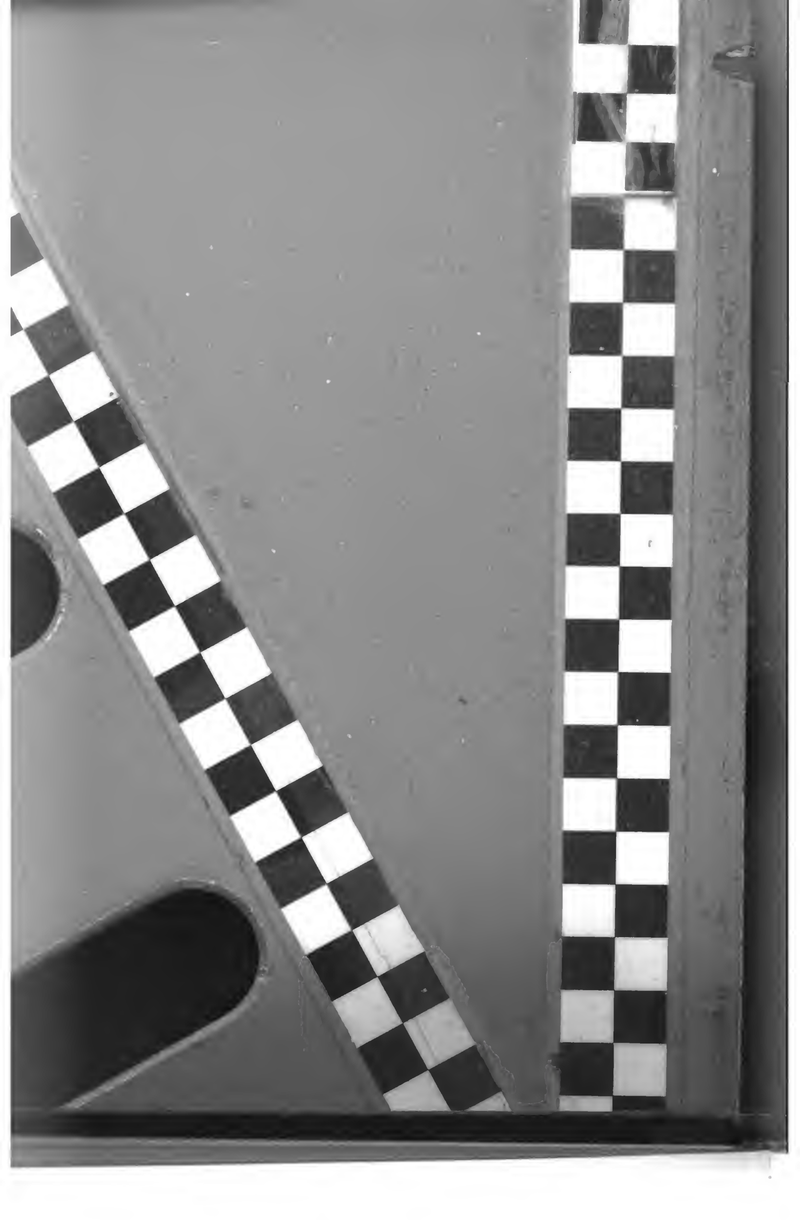
---

15) Der Straflohn beruht auf dem früheren Recht; vgl. Art. 2, 3 Stat. II 9; Baumeister I S. 357; Niemeyer S. 219, 221.

16) Neben dieser Entschädigung steht dem Dienstboten ein Anspruch auf Abnahme der Dienste nicht zu (vgl. Planck II § 611 Anm. 3 c; Entsch. des R.G. 42 S. 254). Ob der Dienstherr neben dem Straflohn die Leistung der Dienste in natura gerichtlich fordern kann, ist praktisch ohne Bedeutung, da nach § 888 Abs. 2 Z.P.O. der Dienstbote zur Leistung der Dienste durch Geldstrafen nicht angehalten werden kann. Für das frühere Recht bestreitet Niemeyer (S. 218) einen solchen Anspruch. Wulff (III S. 58 Anm. 4) erkennt einen solchen für das heutige Recht theoretisch an.

17) Dasselbe wird gemäß § 30 Dienstbotenordn., der freilich nicht direkt zur Anwendung kommt, in Höhe von 1 Mk. berechnet.

18) Infolgedessen kommt auch ein anderweitiger Verdienst des Dienstboten dem Dienstherrn nicht zugute (Beibl. 1898 Nr. 150).



IV. Inhalt des Dienstbotenvertrages.

1. Pflichten des Dienstboten.

a) Der Dienstbote hat die ihm nach dem Vertrage obliegenden, falls eine ausdrückliche Bestimmung nicht getroffen ist, die herkömmlichen und üblichen Dienste zu leisten, und zwar allen zur Hausgenossenschaft der Dienstherrschaft, wenn auch nur vorübergehend, gehörigen Personen.[19] Sind besondere Dienste vereinbart, so hat er vorübergehend auch andere Verrichtungen eines Dienstboten zu erledigen, doch dürfen dieselben seiner eigentlichen Tätigkeit nicht ganz fern liegen und müssen sie seinen Fähigkeiten entsprechen[20] (§ 13 Abs. 2 Dienstbotenordn.). Im Landgebiet sind sämtliche Dienstboten verpflichtet, bei allen dringlichen Erntearbeiten zu helfen.

Diese Dienstleistungen hat der Dienstbote im Zweifel in Person zu leisten (§ 613 B.G.B.).

b) Der Dienstbote haftet bei der Ausführung seiner Dienste der Dienstherrschaft nicht für leichtes Verschulden, sondern nur für Vorsatz oder grobes Verschulden.[21] Als grobes Verschulden ist es namentlich anzusehen, wenn er die Schadenshandlung gegen ausdrückliches Verbot der Dienstherrschaft vorgenommen hat (§ 12).

Eine Ausnahme von dem Verbot der Aufrechnung gegenüber Lohnforderungen ist für diese Schadensersatzansprüche nicht gemacht worden (s. aber unter 2 a γ), demnach darf die Herrschaft mit ihren Ansprüchen nicht gegen die Lohnforderung aufrechnen. Dagegen erscheint ein Zurückbehaltungsrecht unter den Voraussetzungen des § 273 B.G.B., d. h. bei Forderungen aus demselben rechtlichen Verhältnisse, auch gegenüber der Lohnforderung zulässig.[22]

19) Der Dienstherr kann auch eine angemessene, anständige, ortsübliche Kleidung des Dienstboten verlangen. Tritt der Dienstbote ohne solche an, so darf er ihn nicht sofort entlassen, sondern muß ihm eine angemessene Frist zur Beschaffung der Kleidung setzen. S. die Urteile bei Wulff III S. 59 Anm. 7.

20) Z. B. braucht ein Koch keine Kutscherdienste und umgekehrt ein Kutscher keine Dienste in der Küche zu versehen. Bei Gefahr im Verzug kann aber ein Dienstbote, wenn er die erforderlichen Fähigkeiten besitzt, auch zu ihm ferner liegenden Dienstleistungen herangezogen werden.

21) Dritten Personen haftet der Dienstbote gemäß §§ 823 ff. B.G.B. für jedes Verschulden.

22) Die Literatur über diese sehr bestrittene Frage s. bei Dernburg II 1 S. 132. Für die Zulässigkeit der Zurückbehaltung Beibl. 1902 Nr. 12, ferner u. a. Dernburg II 1 S. 137, Pappenheim in Deutsche Jur.Ztg 1902 S. 86. Es würde geradezu unbegreiflich sein, wenn der Gesetzgeber eine die Zurückbehaltung untersagende Anordnung bloß aus Ver-

c) Hiermit erschöpfen sich aber die Pflichten des Dienstboten nicht. Vielmehr ist der Dienstbote der Dienstherrschaft und deren bei ihr wohnenden erwachsenen Angehörigen Gehorsam schuldig und muß er sich der vom Familienhaupt eingeführten häuslichen Einrichtung sowie allen darauf bezüglichen Anordnungen unterwerfen (§ 10 Dienstbotenordn.). Auch muß er einen sittlichen Lebenswandel führen und darf er sich nicht ohne Erlaubnis der Dienstherrschaft vom Hause entfernen[23] (§ 11 Dienstbotenordn.), auch keine fremden Personen gegen das Verbot der Herrschaft in das Haus einlassen oder solche ohne Erlaubnis über Nacht bei sich behalten (§ 21 Ziff. 2).

2. Die Pflichten der Dienstherrschaft liegen rechtlich dem Ehemann ob,[24] doch hat er nach § 278 B.G.B. für die Erfüllung der Verbindlichkeiten auch seitens seiner Ehefrau und der übrigen Familienglieder, deren er sich zur Beaufsichtigung und Beschäftigung seiner Dienstboten bedient, aufzukommen. Deshalb kann auch hier der vom Gesetz gebrauchte allgemeine Ausdruck Dienstherrschaft verwandt werden.

a) Die Herrschaft muß dem Dienstboten die geschuldeten Zahlungen[25] ungesäumt entrichten, insbesondere den Lohn.

α) Fällig ist der Lohn, falls Besonderes nicht vereinbart ist, bei Verträgen von mindestens halbjähriger Dauer am 2. Sonntag nach dem 1. Mai und 1. November, auch wenn an diesen Tagen der Dienstantritt nicht erfolgt ist. Bei Verträgen von kürzerer Dauer ist er stets sofort nach Ablauf der betreffenden Zeitabschnitte, und wenn das Dienstverhältnis früher endigt, am Tage der Auflösung desselben fällig. Ist in landwirtschaftlichen Verhältnissen ein Dienstvertrag auf „rechte Zeit" abgeschlossen (s. II 2), so ist als Winterlohn $^1/_3$ und als Sommerlohn $^2/_3$ des Jahreslohnes anzunehmen, kann in solchen Verhältnissen der Vertrag nach Abrede an zwei Tagen des Jahres, statt

---

sehen unterlassen hätte. Demgegenüber kommt man auch nicht mit der Erwägung durch, daß wirtschaftlich die Retention mit der Aufrechnung gleichbedeutend sei (so Gorden in Beibl. 1905 Nr. 139). Der Gesetzgeber scheidet doch eben begrifflich scharf zwischen diesen beiden Rechtsinstituten.

23) Einen gesetzlichen Anspruch auf eine bestimmte freie Zeit hat der Dienstbote nicht, doch muß die Dienstherrschaft ihm eine solche im Interesse seiner Erholung auf Grund von § 618 B.G.B. gewähren. Ferner vgl. auch unter 2 c.

24) Vgl. Beibl. 1900 Nr. 108.

25) Wenn auch Weihnachtsgeschenke in üblicher Weise gewährt werden, so hat der Dienstbote mangels besonderer Vereinbarung einen Rechtsanspruch auf dieselben nicht. Nach der preuß. Gesindeordn. ist selbst ein Versprechen solcher Geschenke nicht klagbar (Dernburg III 2 S. 477 Anm. 5). Vgl. auch Kloß S. 82; Oertmann S. 219.

wie regelmäßig nur an einem Tage (§ 5 Abs. 3 Dienstbotenordn.), sein Ende erreichen, so fällt auf die ersten drei Monate $^1/_3$, auf die letzten drei Monate $^2/_3$ des Halbjahrlohns (§ 14 Dienstbotenordn.).

β) Ist der Dienstbote für eine verhältnismäßig **nicht erhebliche Zeit** durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung **verhindert**, so geht er des Anspruchs auf den Lohn nicht verlustig,[26] nur im Falle einer Einberufung zu Reserve- und Landwehrübungen ist die Herrschaft zu einer entsprechenden Kürzung des Lohnes berechtigt (§ 25 Dienstbotenordn.).

Im Falle einer **Erkrankung** hat der Dienstbote bis zu der infolgedessen stattfindenden Aufhebung des Dienstvertrages (s. § 45 I 2) Anspruch auf seinen Lohn, ist die Krankheit aber durch grobes Verschulden der Dienstherrschaft entstanden, für die ganze Dauer der Krankheit (§§ 17, 18 Dienstbotenordn.).

γ) Der Anspruch auf Lohn ist im Konkurse (§ 61 Ziff. 1 K.O.) und in der Immobiliarzwangsvollstreckung (§ 10 Ziff. 2 Z.V.G.) bevorrechtigt. Er ist auch unpfändbar bis zum Betrage von 1500 Mk. (§ 850 Ziff. 1 Z.P.O.). Infolgedessen kann gegen den Dienstlohn bis zu dieser Höhe auch nicht **aufgerechnet** werden (§ 394 B.G.B.).

Eine Ausnahme hiervon findet bez. des Straflohns (§ 45 II 3 e), bez. der Beiträge zur Krankenversicherung (d β aa), und bez. der Kosten der vorläufigen Verpflegung des erkrankten Dienstboten (d β cc) statt. Die Zulässigkeit der Aufrechnung in diesen Fällen ist nicht zu beanstanden, da die Landesgesetzgebung nicht gehindert ist, auf den ihr vorbehaltenen Gebieten eine Ausnahme von § 394 B.G.B. anzuordnen.[27]

Soweit eine Aufrechnung nicht zulässig ist, ist die Geltendmachung des **Zurückbehaltungsrechts** auf Grund des § 273 B.G.B. gegenüber dem Dienstlohn für zulässig zu erachten. Vgl. S. 234.

b) Die Herrschaft muß dem Dienstboten auch angemessene **Beköstigung** gewähren, sowie einen ordnungsmäßigen Schlafraum und

26) § 616 B.G.B. ist durch die Dienstbotenordn. nicht ausgeschlossen, muß daher als geltend angesehen werden, wenn er auch nach Art. 95 Abs. 2 E.G. nicht zwingend ist.

27) Mit Unrecht wird dies hie und da bestritten. Da § 394 B.G.B. im Art. 95 E.G. nicht für zwingend erklärt worden ist, so steht der Aufrechnung nichts im Wege. § 850 Z.P.O. kommt hier überhaupt nur insofern in Betracht, als § 394 B.G.B. auf ihn Bezug nimmt. An sich sind Aufrechnung und Pfändung durchaus nicht identisch. So auch Beibl. 1905 Nr. 63, 71, 139; Deutsche Jur.-Ztg. 1902 S. 90 Anm.; **Dernburg** II 2 S. 476 Anm. 1; **Oertmann** S. 218; **Kisch** S. 262 Anm. 11; **Dorner-Seng** S. 89.

eine solche Schlafstätte, falls der Dienstbote bei ihr wohnt (§§ 618 B.G.B., 22 Ziff. 3, 4 Dienstbotenordn.). Die Beköstigung hat sich einerseits nach den Verhältnissen der Herrschaft, andererseits nach der Beschaffenheit des Dienstboten und der von ihm zu leistenden Arbeit, unter Berücksichtigung der Sitte, zu richten.

c) Die Herrschaft muß dem Dienstboten zur Beiwohnung des Gottesdienstes, zum Genuß erlaubter Vergnügungen und zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten die im Vertrag festgesetzte, andernfalls eine angemessene Zeit gewähren (§ 11 Dienstbotenordn.). Zu den eigenen Angelegenheiten gehört auch das Aufsuchen eines andern Dienstes nach der Kündigung (§ 629 B.G.B.).

d) Der Unterordnungspflicht des Dienstboten entspricht eine weitgehende Fürsorgepflicht der Dienstherrschaft für den Dienstboten.

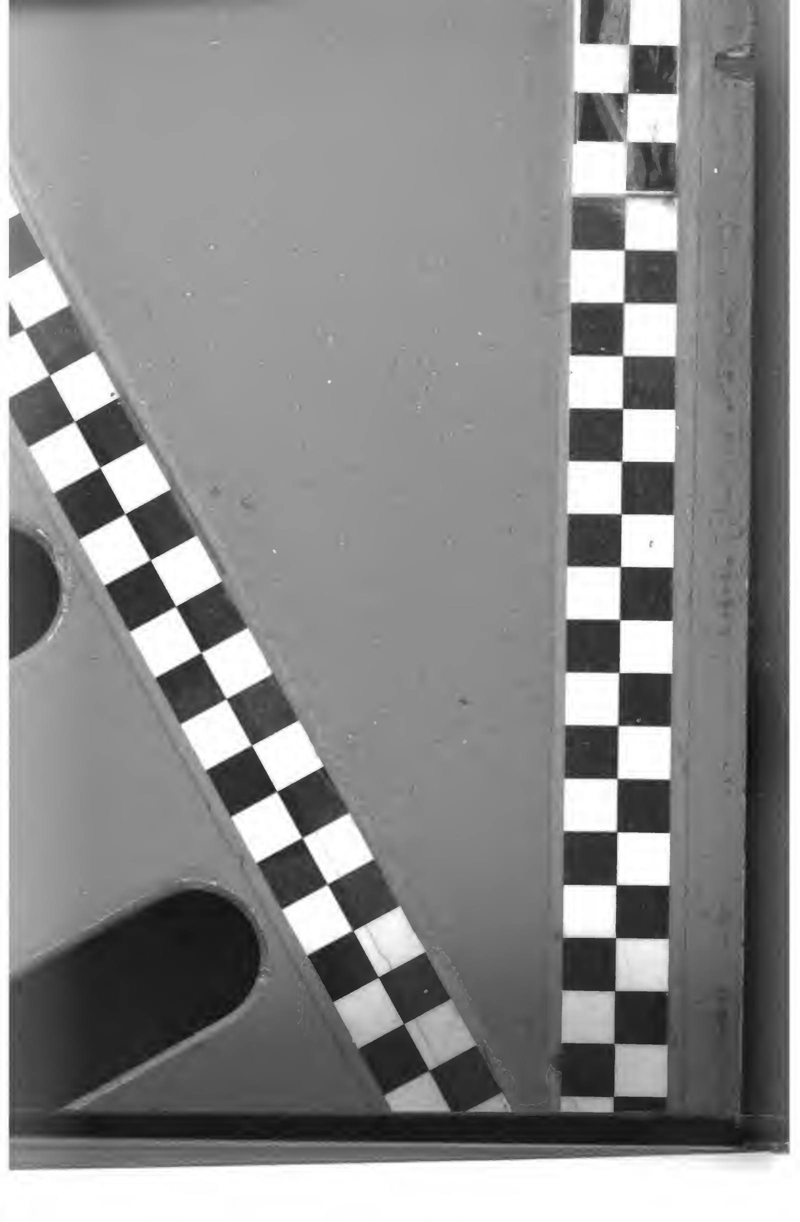
α) Nach § 618 B.G.B. hat die Herrschaft die Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften so einzurichten und zu unterhalten und die Dienstleistungen so zu regeln, daß der Dienstbote gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet.[28] Ferner muß sie auch in bezug auf den Aufenthaltsort des Dienstboten im Hause, sowie auf die Arbeits- und Erholungszeit des Dienstboten diejenigen Einrichtungen und Anordnungen treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, Sittlichkeit und Religion des Dienstboten erforderlich sind. Diese Verpflichtungen können im voraus durch Vertrag nicht aufgehoben oder beschränkt werden (§ 619 B.G.B.).

Im Fall der Verletzung der Verpflichtungen ist die Dienstherrschaft schadensersatzpflichtig im Umfange der §§ 842—846 B.G.B. Abgesehen von sonstigen auf Grund dieser Bestimmungen entstehenden Verpflichtungen muß die Herrschaft, wenn der Dienstbote durch ihr grobes Verschulden erkrankt, den Lohn während der Dauer der Krankheit und, soweit nicht eine Krankenversicherung eintritt, die Kosten der Kur und Verpflegung bezahlen (§ 18 Dienstbotenordn.).

β) Eine besondere Fürsorgepflicht liegt der Herrschaft im Fall der Erkrankung des Dienstboten während der Dienstzeit ob. Nach Art. 95 Abs. 2 E.G. z. B.G.B. gelten die Vorschriften des § 617 B.G.B.

---

28) § 618 B.G.B. ist jetzt an Stelle des § 13 Abs. 1 Dienstbotenordn. getreten, da er zwingend ist und weiter geht, als letzterer. Die Verpflichtung, bei Reinigung nach außen schlagender Fenster besondere Sicherheitsmaßregeln zu treffen, folgt schon aus § 618 B.G.B. Vgl. hierzu auch Beibl. 1900 Nr. 108.



über die Pflicht zur Verpflegung und ärztlichen Behandlung des erkrankten Dienstnehmers als zwingendes Recht insoweit, als das Landesrecht dem Dienstboten nicht weitergehende Ansprüche gewährt.

Zu unterscheiden ist zwischen dem Falle, daß für die Verpflegung und ärztliche Behandlung des Dienstboten durch eine Versicherung gesorgt ist, und dem Falle, wo dies nicht geschehen ist.

aa) Ist durch eine Versicherung für den Dienstboten gesorgt, so fällt die Vorschrift des § 617 Abs. 1 B.G.B. fort. Dann tritt vielmehr die Verpflichtung der Versicherung an die Stelle derjenigen der Dienstherrschaft. Dies ist in der Stadt Hamburg und denjenigen Gebietsteilen der Marschlande, in welchen die Landgemeindeordnung keine Geltung hat, d. h. Waltershof und Rugenbergen, Dradenau und Mühlenwärder, regelmäßig der Fall. Durch das Gesetz vom 17. Juli 1903 [29] ist die Krankenversicherung der Dienstboten, welche das Reichsrecht [30] unberührt gelassen hat, für dieses Gebiet obligatorisch gemacht und in mancher Beziehung abweichend vom Reichsrecht geregelt worden. Dieser Versicherungspflicht unterliegen die im Privathaushalt beschäftigten Dienstboten, soweit sie nicht auf Grund des Reichsgesetzes der Gemeindekrankenversicherung angehören (§ 1 Gesetz vom 17. Juli 1903). Die Versicherung erfolgt durch die Dienstbotenkrankenkasse. Dieser Kasse gehören die ihr unterworfenen Dienstboten vom Tage ihres Dienstantritts von Rechts wegen an, ohne daß es einer Anmeldung oder eines Eintritts bedürfte. Mit der Beendigung des Dienstverhältnisses scheiden die Dienstboten aus der Versicherung aus, sie können jedoch selbst die Versicherung fortsetzen (§ 3). Auch wenn sie dienstlos werden, behalten die Dienstboten für drei Wochen ihre Ansprüche auf die Leistungen der Kasse beim Eintritt des Versicherungsfalles (§ 5).

Die Beiträge, welche zu $^5/_8$ von der Dienstherrschaft, zu $^3/_8$ von dem Dienstboten zu tragen sind, werden monatlich nachzahlbar von der Dienstherrschaft eingefordert und sind von dieser der Kasse gegenüber zu zahlen. Ist der Dienstbote während eines Monats von mehreren Dienstherrschaften beschäftigt, so hat diejenige Herrschaft, die den Dienstboten zuerst beschäftigt hat, den ganzen Monatsbeitrag zu entrichten.

---

29) Dasselbe ist an die Stelle des Gesetzes v. 16. Juli 1890 getreten. S. Wulff II S. 254, IV S. 277. Ferner vgl. Petersen, Das Hamb. Ges. betr. die Krankenversicherung der Dienstboten v. 16. Juli 1890.

30) Vgl. § 1 des Krankenversicherungsges. v. 15. Juni 1883 in der Fassung des Ges. v. 10. April 1892 (R.G.B. S. 417).

Bei mit Arbeitsunfähigkeit verbundenen Krankheitsfällen von mindestens 14 Tagen ruht die Beitragspflicht.

Der Dienstherrschaft ist eine Aufrechnung des von dem Dienstboten zu tragenden Teiles des Beitrages gegen den Lohn derselben Zeitperiode gestattet, eine nachträgliche Aufrechnung bei einer späteren Lohnzahlung ist nicht zulässig (§§ 7—9 Gesetz vom 17. Juli 1903).

Die Pflicht zur Beitragszahlung erlischt für die Herrschaft erst mit der polizeilichen Abmeldung des Dienstboten.

Die Dienstbotenkrankenkasse gewährt (§ 4):

den im Kassenbezirk befindlichen und vorübergehend außerhalb desselben sich aufhaltenden Kranken freie ärztliche Behandlung, freie Arznei und Heilmittel, sowie eventuell freie Kur und Verpflegung in den öffentlichen Krankenhäusern für höchstens 26 Wochen;

Wöchnerinnen freie Verpflegung in der städtischen Entbindungsanstalt;

im Todesfall ein Begräbnis oder ein Sterbegeld.

Hat die Kasse Unterstützung geleistet, so geht ein etwaiger Schadensersatzanspruch gegen einen Dritten in Höhe der geleisteten Unterstützung von Rechts wegen auf die Kasse über (§ 13).

Soweit dem Dienstboten von der Krankenkasse Beträge vergütet werden, hat er der Herrschaft die etwa aufgewendeten Kurkosten zu ersetzen (§ 17 Abs. 2 Dienstbotenordn.).

bb) Falls nicht durch die Versicherung Fürsorge für den Dienstboten getroffen worden ist, hat die Herrschaft grundsätzlich für Verpflegung und ärztliche Behandlung während sechs Wochen, jedoch nicht über die Dauer des Dienstverhältnisses hinaus, zu sorgen; eine aus Anlaß der Erkrankung stattfindende Beendigung des Dienstverhältnisses kommt nicht in Betracht. Die Verpflegung kann nach Wahl des Dienstherrn in der Wohnung oder im Krankenhause, einem öffentlichen oder privaten, gewährt werden.[31]

Dieser Grundsatz erleidet eine Ausnahme nach zwei Richtungen.

Hat der Dienstbote die Krankheit, infolge deren er zur Verrichtung seiner Dienstleistungen unfähig geworden ist, vorsätzlich oder durch grobe

31) § 17 Abs. 2 Dienstbotenordn. gestattet die Unterbringung in einem Krankenhause nur, falls der Arzt sie anordnet. Aus dem § 4 Ges. v. 17. Juli 1903 betr. die Krankenvers. der Dienstboten ist aber zu entnehmen, daß die Hamburgische Gesetzgebung den Satz des § 617 Abs. 1 B.G.B., wonach der Wille des Dienstherrn über die Verbringung in die Krankenanstalt entscheidet, ebenfalls anerkennt, so daß dies auch für den Fall anzunehmen ist, daß eine Versicherung nicht vorliegt.

Fahrlässigkeit herbeigeführt, so hat er keinen Anspruch auf Verpflegung und ärztliche Behandlung, falls die Herrschaft den Vertrag deshalb aufhebt (§ 17 Abs. 3 Dienstbotenordn.). Umgekehrt besteht die Verpflichtung der Herrschaft für die ganze Dauer der Krankheit, falls die Herrschaft die Krankheit durch grobes Verschulden herbeigeführt hat[32] (§ 18 Dienstbotenordn.).

cc) Auch wenn die Herrschaft berechtigt ist, den Dienstboten im Fall der Erkrankung zu entlassen, oder wenn der Dienstbote bei einer sonstigen Entlassung krank ist, muß die Herrschaft ihn doch vorläufig bei sich behalten, solange ein Transport ohne Gefahr für Leben und Gesundheit des Dienstboten nicht zulässig ist, und solange nicht für ein anderweitiges Unterkommen desselben bei unterhaltspflichtigen Verwandten oder in einem Krankenhause gesorgt ist. In letzteren Fällen kann die Herrschaft die Unterbringung des Dienstboten auf seine Kosten in einem Krankenhause oder die Unterbringung durch die Polizei für Rechnung wen es angeht veranlassen (§ 19 Dienstbotenordn.).

Soweit die Dienstherrschaft verpflichtet ist, für sechs Wochen die Kosten der Erkrankung des Dienstboten zu tragen (s. bb), muß sie auch hier die Kosten übernehmen. Andernfalls kann sie mit diesen Kosten gegen den dem Dienstboten noch geschuldeten Lohn aufrechnen. Zu einem weiteren Ersatz ist der Dienstbote nicht verpflichtet.

§ 45.

3. Beendigung des Dienstbotenverhältnisses.

I. Die Beendigung des Dienstbotenverhältnisses unterliegt zunächst den allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über die Beendigung der Schuldverhältnisse. So erlischt das Dienstverhältnis z. B. durch gegenseitige Vereinbarung der Parteien, durch Ablauf der Zeit, falls das Verhältnis nur auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen worden und vereinbart ist, daß die gesetzliche Verlängerung des Vertrages (§ 5 Abs. 3 Dienstbotenordn.) ausgeschlossen sein soll. Ferner kann ein Dienstvertrag, welcher für die Lebenszeit oder für länger als fünf Jahre eingegangen ist, von dem Dienstboten nach fünf Jahren mit sechsmonatlicher Frist gekündigt werden.[1]

Einzelne Auflösungsgründe sind aber von der Dienstboten-

32) Z. B. durch Zuweisung eines Bettes, in welchem vorher ein anderer Dienstbote mit einer ansteckenden Krankheit gelegen hat.

1) § 624 B.G.B. ist durch Art. 95 Abs. 2 E.G. für zwingend erklärt.

ordnung eingehend geregelt worden. Soweit dies der Fall ist, treten die reichsrechtlichen Vorschriften zurück.

1. Der Tod.

a) Durch den Tod des Dienstboten erlischt der Dienstvertrag. Die Erben des Verstorbenen können in diesem Falle die dem Verstorbenen geschuldeten Zahlungen nur für die Zeit bis zum Todestage beanspruchen, was mit den allgemeinen privatrechtlichen Vorschriften übereinstimmt (§ 15 Dienstbotenordn.).

b) Durch den Tod des Dienstherrn oder derjenigen Person, zu deren Bedienung der Dienstbote angenommen ist, wird der Dienstvertrag nicht aufgelöst.[2] Doch tritt für beide Teile ein Kündigungsrecht ein, welches innerhalb zweier Wochen nach dem Todestage ausgeübt werden muß (§ 16 Dienstbotenordn.). Die Kündigungsfrist beträgt, falls der Vertrag nicht an sich schon früher kündbar ist, sechs Wochen. Ist dagegen der Dienstbote ausschließlich zur Bedienung des Verstorbenen, z. B. eine Amme oder Kinderfrau für ein Kind, angenommen gewesen, so kann er den Dienstvertrag ohne Kündigungsfrist auflösen (§ 22 Ziff. 6 Dienstbotenordn.).

2. Erkrankung des Dienstboten löst den Dienstvertrag nicht auf, gewährt aber unter gewissen Umständen der Dienstherrschaft, nicht dem Dienstboten,[3] ein Recht zur Aufhebung des Vertrages. Wird der Dienstbote infolge der Krankheit voraussichtlich dauernd zur Verrichtung seiner Dienstleistungen unfähig oder dauert eine den Dienstboten vorübergehend unfähig machende Krankheit des Dienstboten länger als eine Woche, so kann die Dienstherrschaft den Vertrag sofort aufheben; hat aber der Dienstbote die Krankheit vorsätzlich oder grobfahrlässig herbeigeführt, so kann die sofortige Aufhebung herbeigeführt werden, auch wenn die Erkrankung nur eine vorübergehende Unfähigkeit zur Folge hat und nicht länger als eine Woche dauert (§ 17 Dienstbotenordn.).

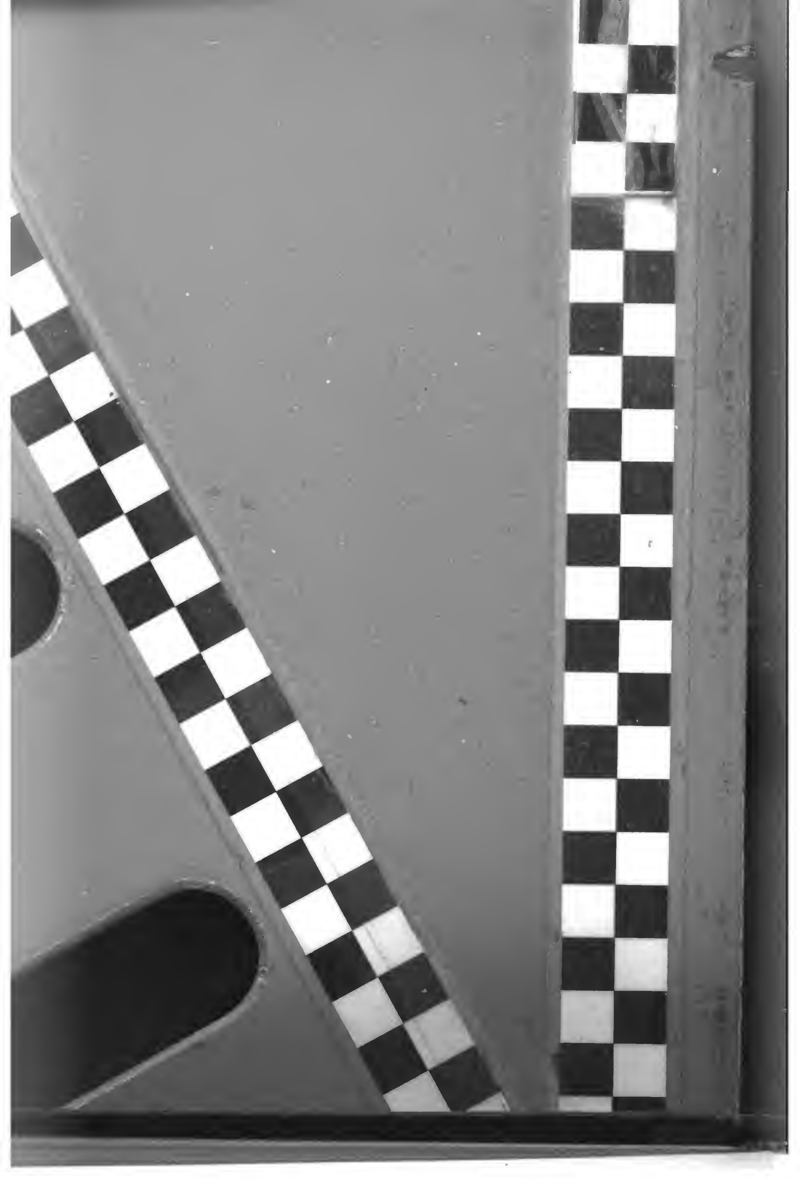
Über die Pflichten der Herrschaft im Falle der Erkrankung bez. der Pflege und des Lohnes des Dienstboten s. S. 236 ff.

3. Durch Kündigung kann der Dienstvertrag aufgelöst werden (§ 20 Dienstbotenordn.). Die Kündigung selbst steht unter den Regeln des Privatrechts, sie ist eine einseitige empfangsbedürftige Willens-

---

2) Auch die Auflösung des Haushalts bildet keinen Beendigungsgrund für den Dienstvertrag. Der Vertrag endet dann nur in Gemäßheit der allgemeinen Vorschriften.

3) Vgl. Wulff III S. 63 Anm. 4.



erklärung und bedarf einer Annahme nicht. Sie muß eine bestimmte sein, darf insbesondere nicht bedingt sein.[4]

a) Verträge, welche auf „rechte Zeit" geschlossen sind (s. § 44 II 2 a), müssen spätestens am 15. März für den Maitermin, am 15. September für den Novembertermin gekündigt werden.[5]

b) Verträge landwirtschaftlicher Dienstboten auf ein Jahr, welche aber nicht auf rechte Zeit abgeschlossen sind, können mit dreimonatlicher, falls sie auf ein halbes Jahr geschlossen sind, mit sechswöchentlicher Frist auf den Schluß des Dienstjahres gekündigt werden.

c) Verträge, welche auf ein Vierteljahr geschlossen sind, müssen spätestens sechs Wochen vor dem Ablauf des Dienstvierteljahres, solche, die auf einen Monat geschlossen sind, spätestens 14 Tage vor dem dem Antrittstage entsprechenden Tage eines späteren Monats, solche endlich, welche auf eine Woche geschlossen sind, spätestens drei Tage vor dem dem Antrittstage entsprechenden Tage einer späteren Woche gekündigt werden.

4. Verheiratung des Dienstboten.

a) Kann ein Dienstbote glaubwürdig nachweisen, daß er sich verheiraten will,[6] so ist er befugt, den Dienst 14 Tage nach Führung dieses Nachweises zu verlassen. Die ihm zustehenden Leistungen erhält er dann bis zum Abgangstage (§ 23 Dienstbotenordn.).

b) Hat sich eine Ehefrau vermietet, so steht dem Ehemann ein Kündigungsrecht zu. S. S. 229.

5. Die Einberufung des Dienstboten zur Erfüllung seiner Militärpflicht[7] hebt den Dienstvertrag auf, nicht aber die Einberufung zu Reserve- und Landwehrübungen. Ersterenfalls hat der Dienstbote Anspruch auf den verdienten Lohn, im letzten Falle kann die

---

4) Vgl. Dernburg I S. 335. Unter denselben Voraussetzungen wie zur Annahme, ist die Ehefrau auch zur Kündigung des Gesindes ermächtigt. S. S. 228.

5) Es ist nicht abzusehen, weshalb hier § 193 B.G.B. nicht zutreffen und event. die Kündigung nicht am 16. März oder 16. Nov. soll erfolgen können; § 193 setzt gerade voraus, daß eine Willenserklärung an einem bestimmten Tage abzugeben ist und dieser auf einen Sonn- oder Feiertag fällt. Bei dieser Lage hätte ein Ausschluß des § 193 ausdrücklich angeordnet werden müssen. A. M. Wulff III S. 65 Anm. 7.

6) Gründung einer eigenen Wirtschaft ist kein Grund zur vorzeitigen Auflösung des Vertrages.

7) Freiwillige Stellung ist kein Aufhebungsgrund. Daher liegt in diesem Falle unberechtigtes Verlassen des Dienstes vor. Vgl. Wulff III S. 69 Anm. 7; Francke S. 52 Anm. 4.

Herrschaft den Lohn für die Übungszeit entsprechend kürzen (§ 25 Dienstbotenordn.).

6. **Veränderung** in den Verhältnissen seiner **Eltern** berechtigt den Dienstboten, den Dienst mit 14 tägiger Frist zu kündigen, falls die Eltern, was auf Verlangen der Herrschaft amtlich nachzuweisen ist, die Dienste ihres Kindes nicht entbehren können. Der Dienstbote erhält dann seine Vergütungen bis zum Abgangstage (§ 24 Dienstbotenordn.).

7. Endlich können sowohl die Herrschaft als auch der Dienstbote den Vertrag beim Vorliegen **wichtiger Gründe** sofort aufheben, mag er auf kurze oder lange Zeit geschlossen sein. Was ein wichtiger Grund ist, bestimmt sich nach den Umständen des einzelnen Falles, doch zählen die §§ 21, 22 Dienstbotenordn. eine Reihe von Fällen auf,[8] welche

8) Als solche Gründe sind zugunsten der **Dienstherrschaft**, falls sie auf seiten des Dienstboten liegen, aufgeführt: Widersetzlichkeit, beharrlicher Ungehorsam oder ungebührliches Betragen gegen die Dienstherrschaft; unerlaubtes Verweilen über Nacht außerhalb des Hauses; Einlaß fremder Personen in das Haus der Dienstherrschaft wider das Verbot derselben oder Duldung fremder Personen im Hause über Nacht ohne Erlaubnis der Herrschaft; unvorsichtiges Umgehen mit Feuer oder Licht, geschehener Warnung ungeachtet; wiederholte und trotz Verwarnung erfolgte unerlaubte Entfernung aus dem Hause oder ohne zwingende Gründe erfolgtes Ausbleiben über die erlaubte oder zu dem Geschäfte erforderliche Zeit hinaus; Trunk- und Spielsucht; unkeuscher Lebenswandel und Störung des Hausfriedens durch Zänkereien oder Schlägereien; Mangel derjenigen Fähigkeiten, wegen deren der Dienstbote angenommen worden und die er auf Befragung bei der Vermietung zu besitzen angegeben (z. B. Nichtvorhandensein genügender Milch bei einer Amme; vgl. Deutsche Jur.-Ztg. 1906 S. 1312); Verurteilung wegen Verbrechen, gewisser Vergehen (entehrender, sowie falls die Strafe über eine Woche Gefängnis beträgt) und Übertretungen (Landstreichen, Betteln, Unzucht, Fälschung von Legitimationspapieren); Angabe falscher Tatsachen über das Vorleben und seine Persönlichkeit bei der Vermietung, falls der Dienstherr die wahre Sachlage erst nach Antritt des Dienstes erfahren hat; Gefährdung der anvertrauten Kinder durch Nachlässigkeit, Mißhandlung der Kinder oder unsittliches Betragen in Gegenwart derselben; Aufnahme von Darlehen auf Namen der Dienstherrschaft ohne Vorwissen derselben; Schädigung, schlechte Wartung oder Mißhandlung des anvertrauten Viehs; Schwangerschaft, falls dieselbe der Herrschaft nicht schon vor Abschluß des Vertrages bekannt war.

Zugunsten des **Dienstboten** sind als Gründe aufgeführt, falls sie auf seiten der Dienstherrschaft vorliegen: Tätliche Mißhandlungen oder schwere Ehrverletzungen; Versuch der Verleitung zu Handlungen, die gegen die Gesetze oder guten Sitten verstoßen, oder mangelnder Schutz vor derartigen Zumutungen gegen Personen, die zur Familie gehören oder sonst im Hause aus- und eingehen; Verweigerung des fälligen Lohnes oder der gebührenden Kost ohne rechtlichen Grund; Vorenthaltung einer ordnungsmäßigen Schlafstätte; dauernde Verlegung des Wohnsitzes außerhalb des Hamburgischen Staatsgebietes, sofern diese Veränderung dem Dienstboten nicht schon zur Zeit des Dienstantritts oder zu einer Zeit, zu welcher eine ordnungsmäßige Kündigung hätte erfolgen können, bekannt war; Tod derjenigen Person, zu deren ausschließlicher Bedienung der Dienstbote angenommen war.

stets als wichtige Gründe anzusehen sind. Diese Aufzählung ist aber nicht erschöpfend. Eine Angabe des Grundes ist dem Gegner gegenüber nicht erforderlich, auch kann der den Vertrag Aufhebende im Prozesse andere Gründe vorbringen, insbesondere können erst später bekannt gewordene Gründe vorgebracht werden.[9] Doch muß die Entlassung mit hinreichender Bestimmtheit ausgesprochen werden; inwieweit eine in der Erregung erfolgte Äußerung genügt, ist Sache der Beurteilung im einzelnen Falle.

Die Entlassung muß in diesem Falle möglichst bald nach der Erlangung der Kenntnis von dem Grunde, sie kann nur auf sofort, nicht auf einen späteren Termin erfolgen.[10]

II. Folgen der Beendigung des Dienstverhältnisses.

1. Wird der Vertrag unter Einhaltung der gesetzlichen[11] oder vereinbarten Kündigungsfrist aufgelöst oder endigt er mit dem Ablauf der Zeit, so gebühren dem Dienstboten die ihm nach dem Vertrage zukommenden Leistungen bis zu seinem Abgange.

2. Dasselbe gilt, wenn der Dienstbote

a) stirbt, bez. der seinen Erben zukommenden Leistungen;

b) wegen Erkrankung entlassen wird, es sei denn, daß die Krankheit durch grobes Verschulden der Dienstherrschaft herbeigeführt ist, in welchem Falle der Dienstbote Anspruch auf den Lohn für die ganze Dauer der Krankheit hat (§ 18 Dienstbotenordn.);

c) wegen seiner Heirat, seiner Einberufung zum Militärdienst oder der Änderung in den Verhältnissen seiner Eltern das Dienstverhältnis aufhebt (§§ 23—25 Dienstbotenordn.);

d) von der Dienstherrschaft wegen eines wichtigen Grundes mit Recht sofort entlassen wird (§ 28 Dienstbotenordn.).

---

9) Vgl. Entsch. des R.O.H.G. 17 S. 220; 21 S. 252; Entsch. d. R.G. 32 S. 249; Jur. Wochenschr. 1897 S. 88; Staub, Komm. z. H.G.B. § 70 Anm. 1.

10) Das schließt nicht aus, daß die berechtigte Partei sich erst noch in Ruhe überlegt, ob sie von dem Kündigungsrecht Gebrauch machen will, denn die Erklärung braucht nicht in der ersten Erregung abgegeben zu werden. Auch ist es zulässig, daß die Aufhebung erst für den folgenden Tag ausgesprochen wird, damit inzwischen von beiden Seiten die erforderlichen Vorbereitungen getroffen werden können. Dagegen erscheint es nicht zulässig, daß die Entlassung für einen weiter hinaus liegenden Termin ausgesprochen wird. Vielmehr ist in einem solchen Verhalten das Anerbieten einer Änderung des Vertrages zu erblicken. Vgl. Staub I § 70 Anm. 1, sowie Wulff III S. 66 Anm. 5 und die dort angeführten Urteile; ferner Deutsche Jur.-Ztg. 1900 S. 535.

11) Dazu gehört auch die Kündigungsfrist im Falle des Ablebens des Dienstherrn (§ 16 Dienstbotenordn.).

3. In gewissen Fällen ist mit Rücksicht auf die Art und Weise der Beendigung des Dienstverhältnisses ein sog. Straflohn zu entrichten (§§ 26, 27 Dienstbotenordn.).

a) Der Straflohn wird geschuldet

α) vom Dienstboten der Dienstherrschaft, wenn er unrechtmäßig den Dienst verläßt;

β) vom Dienstherrn dem Dienstboten, wenn letzterer wegen eines wichtigen Grundes das Dienstverhältnis sofort aufzulösen berechtigt ist und von dieser Berechtigung Gebrauch macht[12] oder wenn der Dienstbote vorzeitig unrechtmäßig entlassen wird.

b) Der Straflohn umfaßt,

α) falls er vom Dienstboten zu zahlen ist, den Betrag eines Vierteljahreslohnes bei halbjährlicher oder längerer Mietung, den ganzen Lohn der Mietezeit in den übrigen Fällen, jedoch nie mehr als den Betrag eines Vierteljahreslohnes. Hierauf ist der dem Dienstboten noch nicht ausbezahlte Lohn anzurechnen;[13]

β) falls er vom Dienstherrn zu zahlen ist:

aa) den verdienten Lohn bis zum Abgangstage;

bb) den Betrag eines Vierteljahreslohnes bei mindestens halbjährlicher Kündigung, den ganzen Lohn der Mietezeit, jedoch nie mehr als einen Vierteljahreslohn, in den übrigen Fällen;

cc) ferner auch bei Dienstverhältnissen mit kürzerer als vierteljährlicher Kündigung ein angemessenes Kostgeld[14] für die Dauer des Dienstverhältnisses, höchstens aber für einen Monat.

c) Beköstigt sich der Dienstbote selbst, so ist bei der Berechnung des Straflohnes ein dem Aufwand für die Selbstbeköstigung entsprechender Betrag, falls nichts anderes vereinbart ist, in Höhe von 1 Mk. für jeden Tag von dem wirklich gezahlten Lohne in Abrechnung zu bringen (§ 30 Dienstbotenordn.).

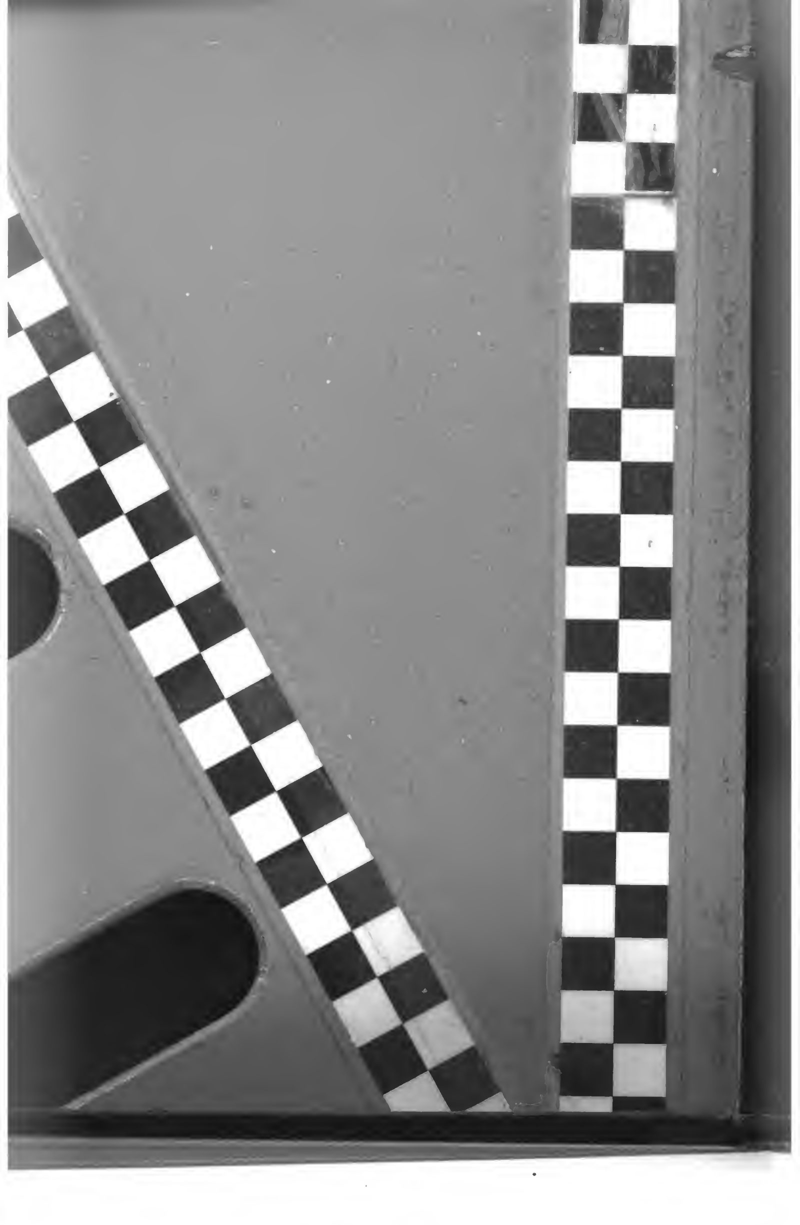
d) Der Straflohn bildet einen gesetzlich festgestellten Schadensersatzanspruch (s. auch S. 233) und ist unabhängig davon zu bezahlen, ob wirklich ein Schaden entstanden ist und wie hoch sich derselbe beläuft. Auf den Straflohn ist der Schadensersatzanspruch unter allen Umständen

---

12) Nur nicht in dem Falle, wenn der Dienstbote den Dienstvertrag aufhebt, weil diejenige Person, zu deren ausschließlicher Bedienung er angenommen ist, gestorben ist (§ 22 Ziff. 6 Dienstbotenordn.).

13) Über die Zulässigkeit dieser Aufrechnung s. S. 236.

14) In analoger Anwendung von § 30 Dienstbotenordn. wird das Kostgeld regelmäßig in Höhe von 1 Mk. pro Tag bemessen.



beschränkt, der Berechtigte hat nicht etwa die Wahl, ob er den Schaden anderweitig oder in Gestalt des Straflohnes geltend machen will. Anderweitiger Verdienst des Dienstboten ist auf den Straflohn nicht anzurechnen.[15]

4. Über die Verpflichtung zur Rückgabe des Mietsgeldes in gewissen Fällen der Beendigung des Dienstverhältnisses (§ 29 Dienstbotenordn.) s. § 44 I 2 b.

5. Die Dienstherrschaft ist zur Erteilung eines Zeugnisses an den Dienstboten nicht verpflichtet,[16] auch hat der Dienstherr kein Recht, dem Dienstboten wider dessen Willen ein Zeugnis aufzudrängen (§ 38 Dienstbotenordn.).

6. Unberechtigtes Verlassen des Dienstes abseiten des Dienstboten, sowie unberechtigte und böswillige Verweigerung des Dienstantritts macht den Dienstboten strafbar (§ 40 Dienstbotenordn.).

§ 46.

4. Streitigkeiten zwischen Dienstherrschaft und Dienstboten.

I. Für die Streitigkeiten zwischen Dienstherrschaft und Dienstboten, welche

1. das Bestehen, die Fortdauer oder die Aufhebung des Dienstvertrages;
2. die Rückgabe des Mietsgeldes;
3. die gegenseitigen Ansprüche und Verbindlichkeiten aus dem Dienstvertrage;
4. die Herausgabe von Sachen an den Dienstboten betreffen, ist in weitgehendem Maße der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen und die Verhandlung und Entscheidung Verwaltungsbehörden übertragen worden (§§ 31, 33 Dienstbotenordn.). Bei Streitigkeiten um Geldsummen, z. B. Lohnforderungen, ist die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden indessen nur gegeben, falls der Streitgegenstand den Wert von 150 Mk. nicht übersteigt.

Die Zulässigkeit dieser Vorschriften beruht auf § 13 G.V.G., nach

15) Dies ergibt sich aus der geschichtlichen Entwicklung des Straflohns, welcher eine festbestimmte Entschädigung darstellt. Mit Recht weist Wulff III S. 70 Anm. 3 darauf hin, daß § 615 B.G.B. bez. der Anrechnung dessen, was der Dienstverpflichtete anderweitig erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen hat, hier nicht zutrifft, da derselbe von ganz andern Gesichtspunkten ausgeht als der Hamburgische Gesetzgeber.

16) Damit ist § 630 B.G.B. ausgeschlossen, was nicht zu beanstanden ist, da dieser Paragraph nicht zu den für zwingend erklärten Vorschriften gehört.

welchem vor die ordentlichen Gerichte alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gehören, für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind. Danach ist es der Landesgesetzgebung unbenommen, die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten irgendwelcher Art den Verwaltungsbehörden zu übertragen.[1]

Jedoch ist eine Anfechtung der Entscheidung der Verwaltungsbehörde im ordentlichen Rechtswege zugelassen.

II. Verfahren vor den Verwaltungsbehörden.

1. Zuständig ist diejenige Polizeibehörde,[2] in deren Gebiete die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist.[3]

2. Nachdem der Antrag auf Entscheidung einer Streitigkeit gestellt ist,[4] soll zunächst eine summarische Feststellung des Tatbestandes erfolgen (§ 32 Dienstbotenordn.).

Zu diesem Zweck ist nach Eingang des mündlich oder schriftlich zu stellenden Antrags ein Verhandlungstermin anzusetzen, zu welchem die Parteien zu laden sind.[5]

3. Im Verhandlungstermin findet zunächst ein Sühneversuch statt; ein Vergleich ist zu protokollieren und zu verlesen.[6]

4. Mißlingt der Sühneversuch, so erfolgt eine Verhandlung, eventuell eine Beweisaufnahme, bei welcher die Parteien sich durch Bevollmächtigte, aber nicht durch Rechtsanwälte und Personen, welche die Wahrnehmung fremder Rechtsstreitigkeiten vor Gericht oder Behörden geschäftsmäßig betreiben, vertreten lassen dürfen. Über die Verhandlung ist ein Sitzungsprotokoll aufzunehmen.[7]

5. Erscheint eine Partei im ersten Verhandlungstermine nicht, so kann sie als sachfällig, erscheint sie in einem späteren Termine nicht, so

---

1) Vgl. Beibl. 1905 Nr. 66; Entsch. des R.G. in Zivilsachen 5 S. 36; Entsch. des R.G. in Strafsachen 15 S. 325.

2) In der Stadt Bergedorf und Cuxhaven ist der Bürgermeister, im übrigen Geltungsgebiet der Landgemeindeordnung der zuständige Gemeindevorsitzende bezw. ein vom Gemeindevorstand zu bestimmendes Mitglied desselben zuständig. Vgl. § 31 Dienstbotenordn.; § 3 Nr. 2 Ges. v. 14. Jan. 1907 betr. Umwandlung der Gemeinde Cuxhaven.

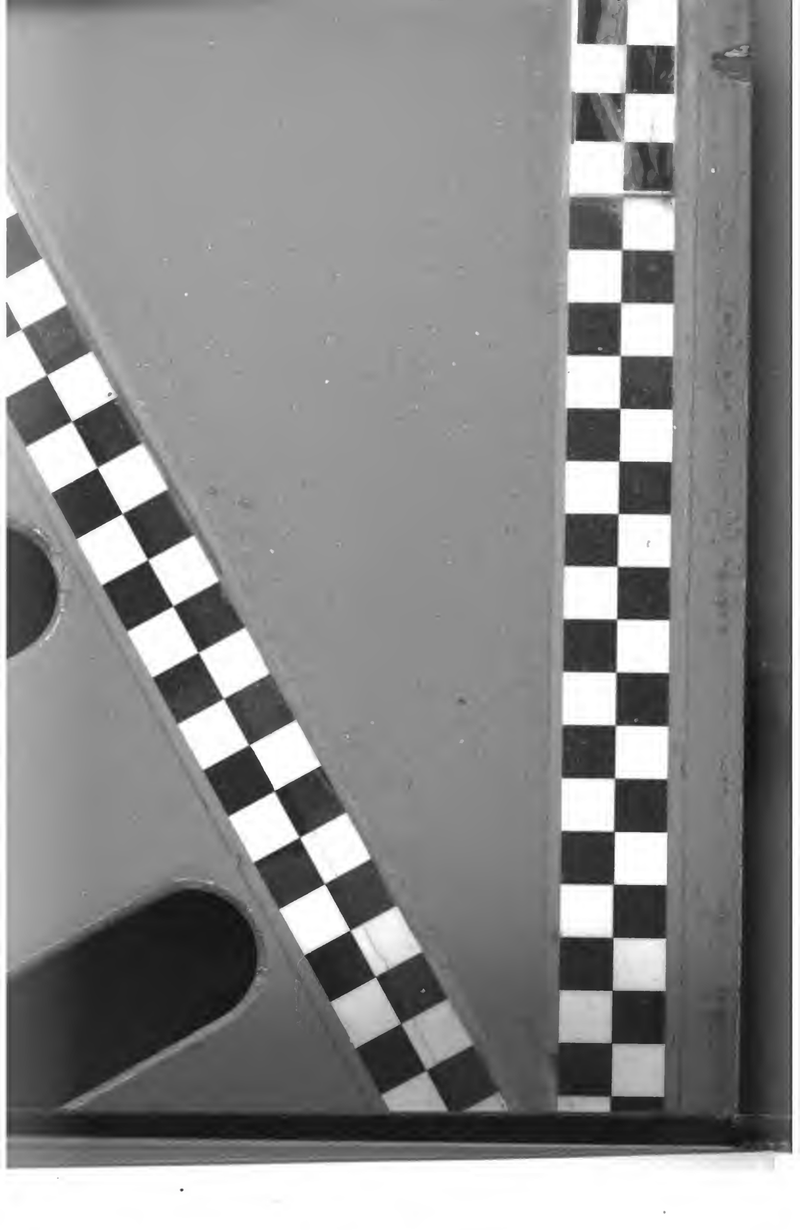
3) Vgl. § 1 Ausführungsver. v. 27. März 1899.

4) Der Antrag ist in der inneren Stadt bei der Gesindepolizei, in den übrigen Stadtteilen bei den Polizei-Bezirksbureaus anzubringen (Bek. der Polizeibeh. v. 1. April 1899).

5) Vgl. §§ 2, 3 Ausführungsver. v. 27. März 1899.

6) Vgl. § 4 Ausführungsver.

7) Vgl. §§ 4—7, 9 Ausführungsver.



kann sie als auf ihre weitere Vernehmung verzichtend angesehen werden. Falls beide Parteien nicht erscheinen, ruht das Verfahren.[8]

6. Die Entscheidung, welche stets vorläufig vollstreckbar ist, jedoch mit der Maßgabe, daß dem Schuldner nachgelassen wird, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung abzuwenden, ist den Parteien zu Protokoll oder durch Zustellung einer Ausfertigung bekannt zu machen.[9]

7. Auf Grund einer vollstreckbaren Ausfertigung der Entscheidung oder eines Vergleichs findet die Zwangsvollstreckung nach den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung statt.[10] Die Vollstreckung findet also regelmäßig durch die Gerichtsvollzieher statt, an welche sich die Privaten zu wenden haben.[11] Nur solche Entscheidungen, welche die Herausgabe von Sachen an den Dienstboten anordnen, können von der Verwaltungsbehörde unmittelbar vollstreckt werden (§ 32 Dienstbotenordnung).

III. Zulässigkeit des Rechtsweges.

Der Rechtsweg ist in diesen Streitigkeiten zulässig,

1. falls der Streitwert den Betrag von 150 Mk. übersteigt, und zwar dann ausschließlich;

2. gegenüber den Entscheidungen der Polizeibehörde in allen Fällen. Voraussetzung hierfür ist die Erhebung einer auf Aufhebung oder Abänderung der ergangenen Entscheidung gerichteten Klage seitens der ganz oder teilweise unterlegenen Partei bei dem zuständigen Amtsgericht.[12] Die Klage muß binnen 14 Tagen nach der Bekanntmachung der Entscheidung erhoben werden. Diese Frist ist keine Verjährungsfrist, sondern eine Ausschlußfrist. Ausgeschlossen wird durch den Fristablauf

8) Vgl. § 8 Ausführungsver.

9) Vgl §§ 32 Dienstbotenordn., 10, 11 Ausführungsver. Das Verfahren bis zur Entscheidung ist gebührenfrei, Zeugen- und Sachverständigengebühren fallen dem unterliegenden Teil zur Last, können aber der obsiegenden Partei auferlegt werden, wenn sie sie unnützer- oder schuldhafterweise verursacht hat (§ 14 Ausführungsver.).

10) Die Zulässigkeit dieser Vorschrift beruht auf § 801 Z.P.O. Auf Grund der §§ 1—19 des Reichsges. v. 21. Juni 1869 betr. die Gewährung der Rechtshilfe sind die Entscheidungen der Polizeibehörde in anderen Bundesstaaten vollstreckbar; eine solche Entscheidung über eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit ist einem gerichtlichen Urteil gleichzustellen (Wulff III S. 71 Anm. 6).

11) Vgl. Bek. der Polizeibeh. v. 1. April 1899.

12) Die Zuständigkeit des Amtsgerichts ist schon durch den Streitwert gegeben, da es sich nur um Werte unter 150 Mk. handelt, doch ist sie auch durch § 23 Ziff. 2 G.V.G. begründet.

nicht der Anspruch, sondern die Anfechtung der von der Polizeibehörde erlassenen Entscheidung.[13]

IV. Strafverfahren.

§ 40 Dienstbotenordn. enthält eine Anzahl von Strafvorschriften,[14] auf Grund deren die Polizeibehörde Strafverfügungen erlassen kann. Gegen diese Strafverfügungen kann Beschwerde an den Senat ergriffen oder der ordentliche Rechtsweg vor den Strafgerichten gemäß §§ 453 ff. S.P.O. beschritten werden (§ 41 Dienstbotenordn.).

§ 47. Das Beamtenrecht.

I. Das Rechtsverhältnis der Beamten gehört, soweit es sich um die Anstellung und Entlassung, sowie die amtlichen Verrichtungen des Beamten handelt, dem öffentlichen Rechte an und bildet einen hervorragenden Teil desselben. In bezug hierauf ist dem Beamten auch in Hamburg trotz der ausgedehnten Zulassung des Rechtsweges ein zivilrechtlicher, gerichtlich verfolgbarer Anspruch nicht gegeben. Der Beamte kann weder auf Übertragung gewisser Dienstverrichtungen, noch auf Einräumung einer höheren Stelle klagen. Eine solche Klage würde in die den Gerichten verschlossene Sphäre des öffentlichen Rechts eingreifen, diese Verhältnisse können nur von verwaltungstechnischen Gesichtspunkten beurteilt werden.[1]

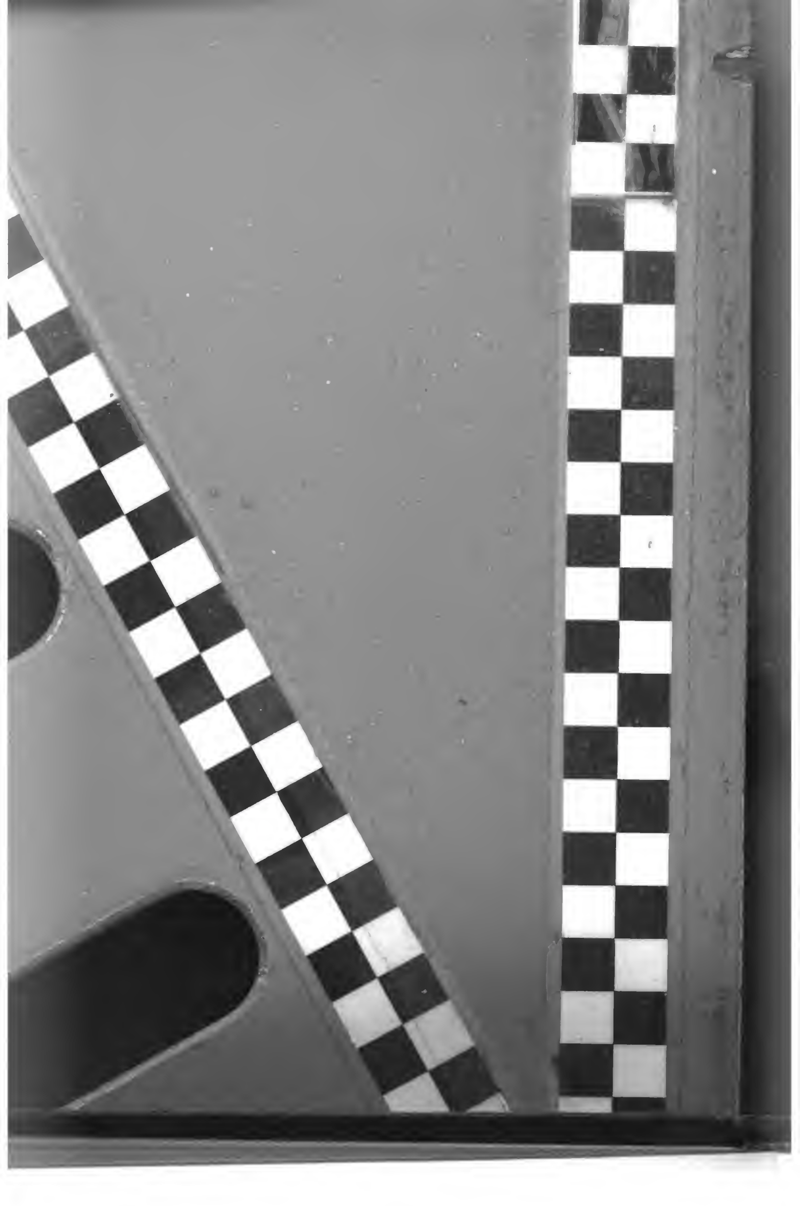
Dem Beamten stehen aber noch andere Ansprüche vorwiegend ökonomischer Natur zu, auch liegen ihm nach dieser Richtung gewisse Pflichten ob. Es ist sehr streitig, ob diese Ansprüche und Pflichten öffentlichrechtliche oder privatrechtliche sind.[2] Für Hamburg ist der

13) Daher finden die Vorschriften der §§ 202 ff. B.G.B. über Hemmung und Unterbrechung der Verjährung keine Anwendung. Die Frist ist auch keine Notfrist, da nach § 223 Abs. 3 Z.P.O. Notfristen nur diejenigen Fristen sind, welche ausdrücklich als solche bezeichnet werden. Demnach finden auf diese Frist weder die Vorschriften über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, noch über die Wahrung der Frist durch Einreichung beim Gerichtsschreiber Anwendung (Beibl. 1905 Nr. 66).

14) Dieselben sind gerichtet gegen den Dienstboten wegen unberechtigter Verweigerung des Dienstantritts, Entlaufens aus dem Dienst oder Nichtbeschaffung eines Dienstbuchs, gegen die Dienstherrschaft wegen Vorenthaltung des Dienstbuchs oder Nichtbeschaffung der vorgeschriebenen Eintragungen in das Dienstbuch, gegen beide wegen Dienstantritts einer Amme ohne die erforderliche ärztliche Bescheinigung. Die Bestrafung tritt in den meisten Fällen nur auf Antrag ein.

1) Vgl. Beibl. 1891 Nr. 33; 1902 Nr. 83, 185; 1903 Nr. 142.

2) Vgl. die Zusammenstellung bei Rehm, Hirths Annalen 1885 S. 143; ferner Laband, Staatsrecht I S. 490; Jellinek, System der subj. öffentl. Rechte (2. Aufl.) S. 181. Letztere beide zählen diese Ansprüche zu den öffentlichrechtlichen.



privatrechtliche Charakter der wirtschaftlichen Seite des Beamtenverhältnisses anerkannt. Dies ergibt sich nicht schon daraus, daß der Rechtsweg wegen dieser Ansprüche in weitem Umfange zugelassen ist. Aber die ursprüngliche Ansicht von der Entstehung des Beamtenverhältnisses aus einem privatrechtlichen Vertrage zwischen dem Staate und den Beamten, welche die gemeinrechtliche Theorie lange beherrscht hat, wirkt in Hamburg noch stark nach. Wurde doch in Hamburg bis in die jüngste Zeit das ganze Beamtenverhältnis wesentlich unter privatrechtlichen Gesichtspunkten angesehen und waren dort die Beamten lange Zeit wie andere Angestellte mit sechsmonatlicher Kündigung angestellt.[3] Auch das B.G.B. behandelt gewisse Seiten des Beamtenverhältnisses ausdrücklich als privatrechtliche (s. unter III). Die Darstellung der öffentlichrechtlichen Seite des Beamtenrechts ist nicht Aufgabe dieses Werks, dagegen ist die privatrechtliche Seite zu erörtern.

Soweit der Staat sich Arbeitskräfte nicht durch die Anstellung als Beamte, sondern im Wege der Dienstmiete verschafft, kommt auf dieses Rechtsverhältnis das Privatrecht zur Anwendung, auch wenn solche Personen durch den Annahmevertrag der Disziplinargewalt des Staates unterstellt oder ihnen öffentlichrechtliche Ansprüche gewährt werden, z. B. auf Führung eines Titels.

II. Das B.G.B. verwendet an verschiedenen Stellen den Begriff des Beamten.

1. Dieser Begriff gehört dem öffentlichen Recht an, ergibt sich also aus dem Landesrecht. Dieses enthält aber eine ausdrückliche Begriffsbestimmung nur in bezug auf das Disziplinar- und Pensionsverhältnis. Danach gilt als Beamter derjenige, welcher im Dienste des Staates ein ständiges, nichtrichterliches Amt auf Lebenszeit bekleidet und eine Anstellungsurkunde erhalten hat.[4] Ferner enthält die Gehaltsordnung vom 1. Mai 1907[5] eine Anlage, welche alle Beamtenkategorien aufzählt. Endlich sind die Notare ausdrücklich zu öffentlichen Beamten erklärt worden (§ 1 Notariatsgesetz).

2. Bei der Anwendung der privatrechtlichen Vorschriften des Reichsrechts hat man aber weiter zu greifen und mangels einer besonderen

3) Vgl. v. Melle, Hamb. Staatsrecht S. 239; Seelig, Hamb. Staatsrecht S. 125. Im übrigen s. Dernburg III, 2 S. 484; Seuff.Arch. 17 Nr. 154; 25 Nr. 235; Beibl. 1893 Nr. 46.

4) Vgl. § 1 Diszipl.- und Pensionsges. für die nichtrichterl. Beamten v. 7. Jan. 1884.

5) Vgl. Amtsbl. 1907 S. 227.

Vorschrift des Landesrechts den Beamtenbegriff des gemeinen deutschen Staatsrechts zugrunde zu legen. Danach sind als Beamte die öffentlichen Beamten, d. h. diejenigen anzusehen, welche vom Hamburgischen Staate oder einer Hamburgischen Gemeinde mit der Verpflichtung zu besonderer Treue und Unterordnung zur Leistung von Diensten angestellt sind, welche unmittelbar oder mittelbar zur Förderung staatlicher Zwecke dienen.[6] Hierunter fallen also außer den Beamten nach dem Disziplinar- und Pensionsgesetz und den Notaren u. a. die Richter, die nicht auf Lebenszeit angestellten Beamten und die Kommunalbeamten.

Eine besondere Stellung nehmen die Mitglieder des Senats ein. Sie bekleiden ein öffentliches Amt (Art. 13 der Verf.), sind aber im staatsrechtlichen Sinne nicht Beamte,[7] da sie sich nicht in einem, mit dem Beamtenbegriff notwendig verbundenen Unterordnungsverhältnis zu einem Vorgesetzten befinden, vielmehr selbst Mitinhaber der Staatsgewalt sind. Trotzdem kommen verschiedene privatrechtliche Bestimmungen des Beamtenrechts, namentlich diejenigen bez. des Anspruchs auf Vergütung (Honorar[8]) auch auf die Mitglieder des Senats zur Anwendung (s. auch folg. Seite).

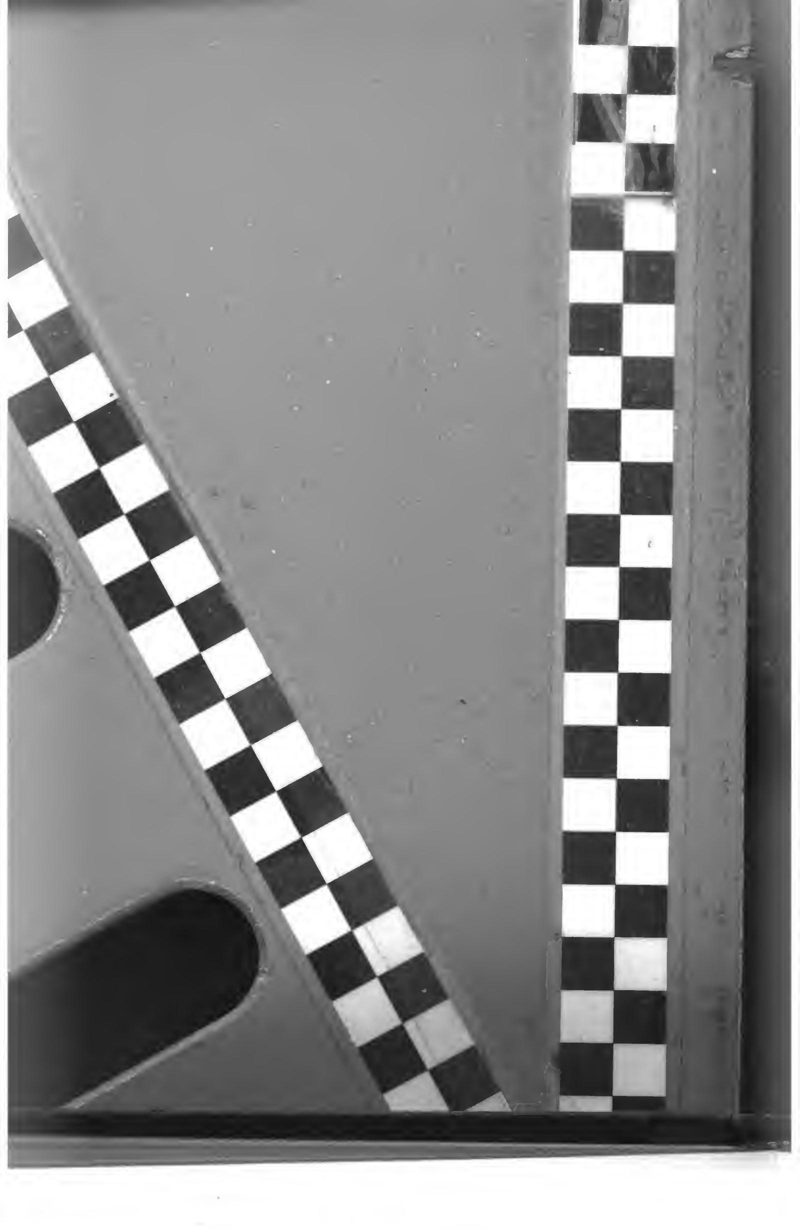
3. Die Vorschriften des B.G.B. erwähnen neben den Beamten noch besonders die Geistlichen und die Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten. Als Geistliche sind diejenigen der anerkannten Religionsgemeinschaften anzusehen.[9] Öffentliche Unterrichtsanstalten sind in Hamburg die vom Staate oder den Gemeinden unterhaltenen Unterrichtsanstalten, die Lehrer an ihnen sind Beamte im Sinne von 2.[10]

III. Die privatrechtliche Seite des Beamtenverhältnisses ist wesentlich, aber nicht ausschließlich eine vermögensrechtliche. Sie ist grundsätzlich im B.G.B. geregelt. Abgesehen von den Vorbehalten des E.G. oder des B.G.B. selbst ist die Landesgesetzgebung nicht befugt, über die privatrechtliche Stellung des Beamten Vorschriften zu treffen.

1. Der Beamte ist kraft seiner Beamteneigenschaft privatrechtlich privilegiert.

---

6) Vgl. Entsch. des R.G. 6 S. 107.
7) Vgl. v. Melle S. 78; Seelig S. 84; Wulff I S. 8 Anm. 9.
8) So wird die Vergütung absichtlich bezeichnet.
9) Die Geistlichen an den Krankenhäusern, den Gefängnissen und am Waisenhause sind Staatsbeamte (§ 24 Gehaltsordn. v. 1. Mai 1907).
10) Vgl. Beibl. 1891 Nr. 33.



a) Er sowohl wie der Geistliche und Lehrer hat im Falle der Versetzung ein Kündigungsrecht nach § 570 B.G.B.

b) Der Beamte unterliegt hinsichtlich der Schadensersatzpflicht gegenüber Dritten infolge Verletzung der Amtspflicht besonderen Vorschriften nach §§ 839, 841 B.G.B.

2. Der Beamte unterliegt aus öffentlichrechtlichen Gründen gewissen privatrechtlichen Beschränkungen.

a) Das Reichsrecht sieht hier Beschränkungen bez. der Eheschließung (§ 1315 B.G.B.) und der Bestellung zum Vormund (§§ 1784, 1888 B.G.B.) vor. Diese Bestimmungen haben für Hamburg keine praktische Bedeutung, da das Reichsrecht die Ausführung der Beschränkungen dem Landesrecht vorbehalten und Hamburg davon keinen Gebrauch gemacht hat.[11]

b) Weit größere Bedeutung haben für Hamburg die den Beamten auferlegten Erwerbsbeschränkungen. Die Übernahme von Nebenämtern und Nebenbeschäftigungen ist für die Beamten vielfach eingeschränkt. Falls der Beamte diesen Beschränkungen zuwiderhandelt, wird die privatrechtliche Gültigkeit von ihm abgeschlossener Rechtsgeschäfte dadurch nicht beeinflußt, doch macht sich der Beamte dann disziplinarisch strafbar.

α) Nach Art. 13 der Verf. dürfen Senatsmitglieder kein anderes öffentliches Amt bekleiden, auch nicht die Rechtsanwaltschaft oder das Notariat ausüben. Eine sonstige Berufstätigkeit dürfen sie fortsetzen, insoweit dieselbe der Erfüllung ihrer Amtspflichten keinen Abbruch tut, in dem Vorstande, Verwaltungs- oder Aufsichtsrate eines Erwerbsunternehmens nur mit Genehmigung des Senats bleiben, auch eine Wahl in denselben nur mit solcher Genehmigung annehmen.

β) Beamte dürfen ein Nebenamt oder eine Nebenbeschäftigung nur übernehmen, wenn und soweit dies mit der gewissenhaften Wahrnehmung ihrer Amtspflichten und mit dem in ihrem Berufe erforderlichen Ansehen und Vertrauen vereinbar ist. Sie dürfen nur mit jederzeit widerruflicher Genehmigung ihrer vorgesetzten Behörde ein Gewerbe betreiben, ein Nebenamt oder eine Nebenbeschäftigung mit fortlaufender Remuneration übernehmen oder in den Vorstand, Verwaltungs- oder Aufsichtsrat einer Erwerbsgesellschaft eintreten.[12]

---

11) Vgl. §§ 110, 141.
12) Vgl. § 13 Gehaltsordn. v. 1. Mai 1907. In einzelnen Fällen ist eine private Berufstätigkeit durch die Gehaltsordn. selbst besonders gestattet.

γ) Die **Notare** dürfen kein anderes Amt oder die Rechtsanwaltschaft neben dem Notariat ausüben,[13] sie dürfen neben dem Notariat keine sonstigen Amts- oder Berufsgeschäfte betreiben, keine in den Geschäftskreis der Rechtsanwälte oder der Makler fallende Tätigkeit, insbesondere keine Vermittlungen im Grundeigentum- und Hypothekenverkehr ausüben. Namentlich ist ihnen die beratende Tätigkeit, sowie die Ausarbeitung von Entwürfen zu Verträgen und anderen rechtsgeschäftlichen Erklärungen, soweit sie nicht gleichzeitig zur notariellen Beurkundung oder Beglaubigung hinzugezogen werden, untersagt.[14] S. auch § 48.

3. Die **wichtigste privatrechtliche Folge** des Beamtenverhältnisses ist der aus demselben entspringende **Gehalts- und Pensionsanspruch** der Beamten und ihrer Hinterbliebenen. Derselbe ist im wesentlichen landesrechtlich, nur zum Teil reichsrechtlich geregelt.

a) **Reichsrechtlich** sind folgende Bestimmungen getroffen worden:

α) Nach § 850 Abs. 1 Z. 7, 8 und Abs. 2 Z.P.O. ist das Diensteinkommen der Beamten, der Geistlichen, der Ärzte und Lehrer an öffentlichen Anstalten, ihre, ihrer Witwen und Waisen Pension, sowie der nach ihrem Tode den Hinterbliebenen zu gewährende Sterbe- oder Gnadengehalt **unpfändbar**, soweit die Summe von 1500 Mk. nicht überstiegen wird. Von dem Mehrbetrag ist der dritte Teil der Pfändung unterworfen. Infolgedessen sind auch die **Abtretung** (§ 400 B.G.B.) und die **Verpfändung** (§ 1274 B.G.B.) dieser Forderungen, sowie die **Aufrechnung** ihnen gegenüber (§ 394 B.G.B.) untersagt.

Eine Ausnahme besteht zugunsten des Staates, welcher nach § 4 Abs. 2 Disziplinar- und Pensionsgesetz mit seiner Forderung auf disziplinarische Geldstrafe gegen die Gehaltsforderung der Beamten aufrechnen kann. Diese Vorschrift ist wegen ihres öffentlichrechtlichen Charakters erhalten geblieben.

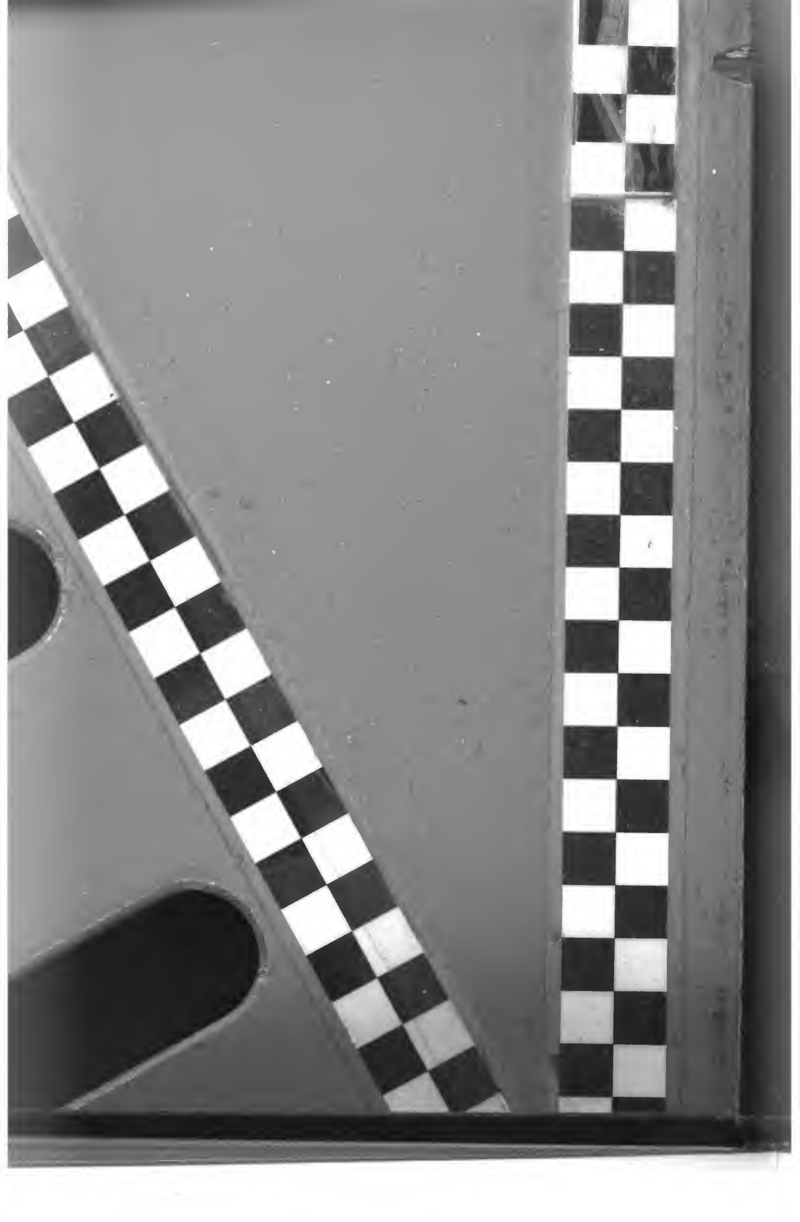
β) Soweit hiernach das Gehalt oder Ruhegehalt abtretbar ist, gilt

---

Früher bestanden für die Zollbeamten und die Richter (§ 16 A.G. z. G.V.G. v. 23. April 1879) noch besondere Vorschriften, die durch die neue Gehaltsordn. beseitigt sind.

13) Außer den Notaren für Bergedorf und Ritzebüttel, die gleichzeitig Rechtsanwälte sein dürfen (vgl. § 1 Abs. 3 Notariatsges. v. 29. Dez. 1899).

14) Vgl. § 6 Notariatsges. v. 29. Dez. 1899.



die Abtretung der betr. auszahlenden Kasse erst als bekannt, wenn sie durch Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger ausgestellten, öffentlich beglaubigten Urkunde von der Abtretung benachrichtigt wird (§ 411 B.G.B.).

γ) Die Ansprüche auf Rückstände von Besoldungen, Wartegeldern, Ruhegehalten verjähren in vier Jahren (§ 197 B.G.B.).

b) Abgesehen hiervon sind die landesgesetzlichen Vorschriften über die vermögensrechtlichen Ansprüche und Verbindlichkeiten der Beamten, Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten aus dem Amts- oder Dienstverhältnisse, mit Einschluß der Ansprüche der Hinterbliebenen, unberührt geblieben (Art. 80 E.G. z. B.G.B.). Diese vermögensrechtlichen Ansprüche sind wesentlich gerichtet auf die Gewährung von Gehalt, Pension und Entschädigung für im Interesse des Staates, der Gemeinde oder der Kirche gemachte Aufwendungen. Der Anspruch der Staatsbeamten ist gegen den Staat, derjenige der Gemeindebeamten gegen die Gemeinde,[15] derjenige der evangelisch-lutherischen Geistlichen gegen den Kirchenrat als Vertreter der Kirchenhauptkasse, derjenige der übrigen Geistlichen gegen die entsprechenden kirchlichen Behörden geltend zu machen.

α) Die Höhe des Gehalts und der Pension, sowie der Witwen- und Waisenpension ist gesetzlich geregelt.[16] Etwaige private Zusicherungen von Vorgesetzten sind für den Staat nur insoweit wirksam, als sie sich im Rahmen dieser gesetzlichen Bestimmungen halten.[17]

Neben dem Gehalt kommen dem Beamten noch Naturalleistungen, z. B. Gewährung von Dienstwohnung, Gartenland, Dienstkleidung, Feuerung, Beleuchtung, freier ärztlicher Behandlung zu,[18] welche rechtlich ebenso zu behandeln sind, wie der Anspruch auf das Gehalt.

15) Die Hinterbliebenen der Lehrer an den Gemeindeschulen des Landgebiets haben einen direkten Anspruch gegen die Staatskasse (vgl. § 1 Abs. 2 Ges. v. 11. Dez. 1903 betr. Fürsorge für die Witwen und Waisen).

16) Vgl. Gehaltsordn. v. 1. Mai 1907; § 11 Ges. v. 2. Juli 1906 betr. das Schulwesen in den Landgemeinden (Ges.Samml. 1906 I S. 75) und Ges. v. 1. Mai 1907 dazu; Ges. v. 11. Dez. 1903 betr. die Fürsorge für die Witwen und Waisen der Hamb. Staatsbeamten (Ges.Samml. 1903 I S. 169); Ges. v. 1. Mai 1907 betr. die Gehalte der Feuerkassebeamten; kirchl. Ges. v. 14. April 1887 betr. Emeritierung von Geistlichen der evangel.-luth. Kirche im Hamb. Staat.

17) Vgl. Beibl. 1902 Nr. 156.

18) Vgl. § 23 Gehaltsordn. v. 1. Mai 1907. Ferner § 11 Ges. v. 2. Juli 1906 betr. das Schulwesen in den Landgemeinden. An der Dienstkleidung hat

Beim Tode eines Beamten steht dessen Erben ein Anspruch auf das Gehalt für das laufende Vierteljahr, und wenn eine Witwe oder minderjährige eheliche Kinder zurückbleiben, für ein weiteres Vierteljahr zu; durch Beschluß von Senat und Bürgerschaft kann auch anderen unterstützungsbedürftigen und vom Verstorbenen unterstützten Verwandten desselben das Gehalt für das weitere Vierteljahr bewilligt werden.[19]

β) Diese Ansprüche des Beamten oder der Erben sind privatrechtlicher Natur, und zwar sind es einseitige, gegen den Staat geltend zu machende Ansprüche,[20] wegen deren dem Berechtigten der Rechtsweg offen steht, soweit nicht besondere Gesetze ihn einschränken.

aa) Bez. der Richter ergibt sich die Einklagbarkeit ihrer vermögensrechtlichen Ansprüche aus dem Dienstverhältnisse, insbesondere auf Gehalt oder Pension aus § 9 G.V.G.

bb) Bez. der übrigen festangestellten Beamten fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung, doch ist die Einklagbarkeit dieser vermögensrechtlichen Ansprüche in der für Hamburg mangels besonderer gesetzlicher Bestimmungen maßgebenden gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis anerkannt.[21]

Dies ist zweifellos, soweit dem Beamten sein Gehalt oder seine Nebenbezüge widerrechtlich vorenthalten werden, insbesondere mit Rücksicht auf eine unzulässige Entlassung des Beamten. Aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen wie aus § 28 des Verhältnisgesetzes folgt, daß Feststellungen tatsächlicher Verhältnisse, welche die Verwaltungsbehörden innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit ordnungs-

---

der Beamte regelmäßig den Nießbrauch, nach Ablauf der gesetzlich vorgeschriebenen Tragezeit erlangt er das Eigentum daran. Die höheren Beamten erlangen sofort das Eigentum an der Kleidung, da sie der Staatskasse den vollen Preis zu erstatten haben.

19) Der Anspruch auf das Sterbe- und Gnadenquartal ist zuerst im § 22 A.G. z. G.V.G. lediglich für die Richter gesetzlich festgelegt worden. Durch Gewohnheitsrecht (Beibl. 1898 Nr. 2) wurde er auch den Hinterbliebenen der übrigen Beamten gewährt. Bei der Beratung des Ges. v. 11. Dez. 1903 betr. die Fürsorge für die Witwen und Waisen der Hamb. Staatsbeamten hat die Bürgerschaft beschlossen, daß die Vorschriften über die Richter auch für die sonstigen Beamten maßgebend sein sollten (vgl. Ausschußber. 1903 Nr. 50 S. 13; Sten. Ber. der Bürg. 1903 S. 906). Der Anspruch auf das Sterbequartal steht allen Erben, derjenige auf das weitere Gnadenquartal nur besonders qualifizierten Erben zu.

20) Vgl. Entsch. des R.G. 37 S. 160, sowie oben unter I.

21) Vgl. Beibl. 1891 Nr. 33, 140; 1892 Nr. 149; 1893 Nr. 46; 1894 Nr. 117, 122, 126; 1895 Nr. 115; 1898 Nr. 1; 1905 Nr. 110, 166; Seuff. Arch. 17 Nr. 154; 25 Nr. 235; Entsch. des R.G. 18 S. 174.



mäßig getroffen haben, für die Gerichte bindend sind.[22] Dies betrifft insbesondere die Feststellung, ob der Beamte die Fähigkeit zu den Funktionen des Dienstes verloren hat, und zwar sowohl hinsichtlich des Schlußresultats, wie der zu demselben führenden Tatsachen. Dagegen hat das Gericht nachzuprüfen, ob die Entlassung in der gesetzlich vorgeschriebenen Form erfolgt ist.[23]

Bei formgültiger Entlassung mit Pension ist hinsichtlich der Höhe der Pension der Rechtsweg ausdrücklich zugelassen (§ 35 Abs. 4 Diszipl.- und Pensionsges.).[24] Aber auch in den übrigen Fällen ist der Rechtsweg dem entlassenen Beamten hinsichtlich seiner Pension geöffnet, da eine den Rechtsweg wegen dieses vermögensrechtlichen Anspruchs ausschließende gesetzliche Bestimmung nicht vorliegt.[25] Das Gericht hat auch hier den von der Verwaltungsbehörde ordnungsmäßig festgestellten Entlassungsgrund nicht nachzuprüfen, wohl aber in eine Nachprüfung einzutreten, falls eine ordnungsmäßige Feststellung des Grundes nicht vorliegt.[26]

cc) Auch den Hinterbliebenen der Beamten steht der Rechtsweg wegen ihrer Pensionsansprüche zu.[27]

---

22) Vgl. Beibl. 1893 Nr. 46; 1894 Nr. 122; 1895 Nr. 132; 1905 Nr. 110; Entsch. des R.G. 10 S. 184; a. M. Beibl. 1898 Nr. 1.

23) Diese Frage ist sehr bestritten und von den verschiedenen Senaten des O.L.G. verschieden entschieden worden. In Beibl. 1894 Nr. 117; 1895 Nr. 115; 1896 Nr. 69, 73, 98; 1897 Nr. 151 I; 1905 Nr. 166; 1906 Nr. 72 wird seitens des Gerichts nachgeprüft, ob ein formgültiges Erkenntnis über die Entlassung vorlag, in Beibl. 1896 Nr. 98 wird sogar die Ordnungsmäßigkeit der Untersuchung nachgeprüft, was nicht zulässig sein dürfte. Dagegen erklärt der Zivilsenat I in Beibl. 1897 Nr. 151 III auch wegen formeller Mängel nur die Beschwerde an den Senat und nicht die richterliche Nachprüfung für zulässig. Diese Anschauung kann aber nicht als zutreffend erachtet werden, denn nur dann liegt eine „gültige“ Entlassung vor, die das Gericht anzuerkennen hat, wenn sie äußerlich in den vom Gesetz vorgeschriebenen Formen angeordnet ist.

24) Es ist unerheblich, ob die Meinungsverschiedenheit über die Höhe der Pension in einer vermeintlich unrichtigen Berechnung des von dem Beamten bezogenen Gehalts oder der ihm anzurechnenden Dienstjahre oder in anderen Umständen ihren Grund hat (Beibl. 1906 Nr. 173).

25) Auch diese Frage ist streitig, aber im obigen Sinne vom O.L.G. in einer Reihe von Urteilen entschieden; vgl. Beibl. 1893 Nr. 46, 64; 1894 Nr. 117, 122 II, 126; 1895 Nr. 115, 132; 1898 Nr. 1; 1905 Nr. 110. A. M. Beibl. 1892 Nr. 149; 1894 Nr. 122 I, in beiden Fällen Zivilsen. I.

26) Auch hierüber besteht Streit. In Beibl. 1894 Nr. 122 II, 1895 Nr. 132 wird im wesentlichen der obige Standpunkt vertreten, während die Entscheidungen Beibl. 1893 Nr. 64, 1894 Nr. 126, 1898 Nr. 1 weitergehen und eine Prüfung des Vorliegens der Dienstunfähigkeit durch das Gericht für zulässig erachten.

27) Witwen- und Waisenpensionen werden nach § 1 Ges. v. 11. Dez. 1903 betr. die Fürsorge für die Witwen und Waisen der Hamb. Staatsbeamten

γ) Da die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten gegen den Staat oder die Gemeinde nicht auf einem obligatorischen Vertrage beruhen, sondern rein einseitiger Natur sind, so kann der Staat oder die Gemeinde nicht aufrechnen mit Beträgen, welche sich der Beamte anderweitig hat erwerben können. Soweit dem Beamten sein Gehaltsanspruch auf disziplinarischem oder strafrechtlichem Wege verkürzt oder entzogen werden kann, kann dieser Anspruch vom Staat erst geltend gemacht werden von dem Zeitpunkte ab, wo eine rechtsgültige Entscheidung der zuständigen Behörde hierüber ergangen ist.[28]

Aus demselben Grunde folgt auch, daß der zur Erfüllung der vermögensrechtlichen Ansprüche des Beamten verpflichtete Staat nicht die Verurteilung zur Zahlung gegen Leistung der betreffenden Dienste fordern kann. Denn die Leistung dieser Dienste ist eine öffentlichrechtliche Verpflichtung des Beamten.[29]

c) Art. 81 E.G. z. B.G.B. läßt die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche die Übertragbarkeit der Ansprüche der Beamten, Geistlichen und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten auf Besoldung, Wartegeld, Ruhegehalt, Witwen- und Waisengeld beschränken, sowie die landesgesetzlichen Vorschriften, welche die Aufrechnung gegen solche Ansprüche abweichend von der Vorschrift des § 394 B.G.B. zulassen.

α) Hinsichtlich der Gehälter und Pensionen der Beamten selbst hat die Hamburgische Gesetzgebung von diesem Vorbehalt einen Gebrauch nicht gemacht. Bez. ihrer gelten die reichsrechtlichen Grundsätze, wie sie oben unter a*α* hervorgehoben sind.

β) Dagegen können die Pensionen der Hinterbliebenen von Staatsbeamten und Landschullehrern[30] mit rechtlicher Wirkung weder abgetreten noch verpfändet oder sonst übertragen werden (§ 10 Gesetz vom 11. Dezember 1903) und zwar ohne Rücksicht auf die Höhe des Betrages. Daraus folgt auch das Verbot der Aufrechnung gegen diese Forderungen (§ 394

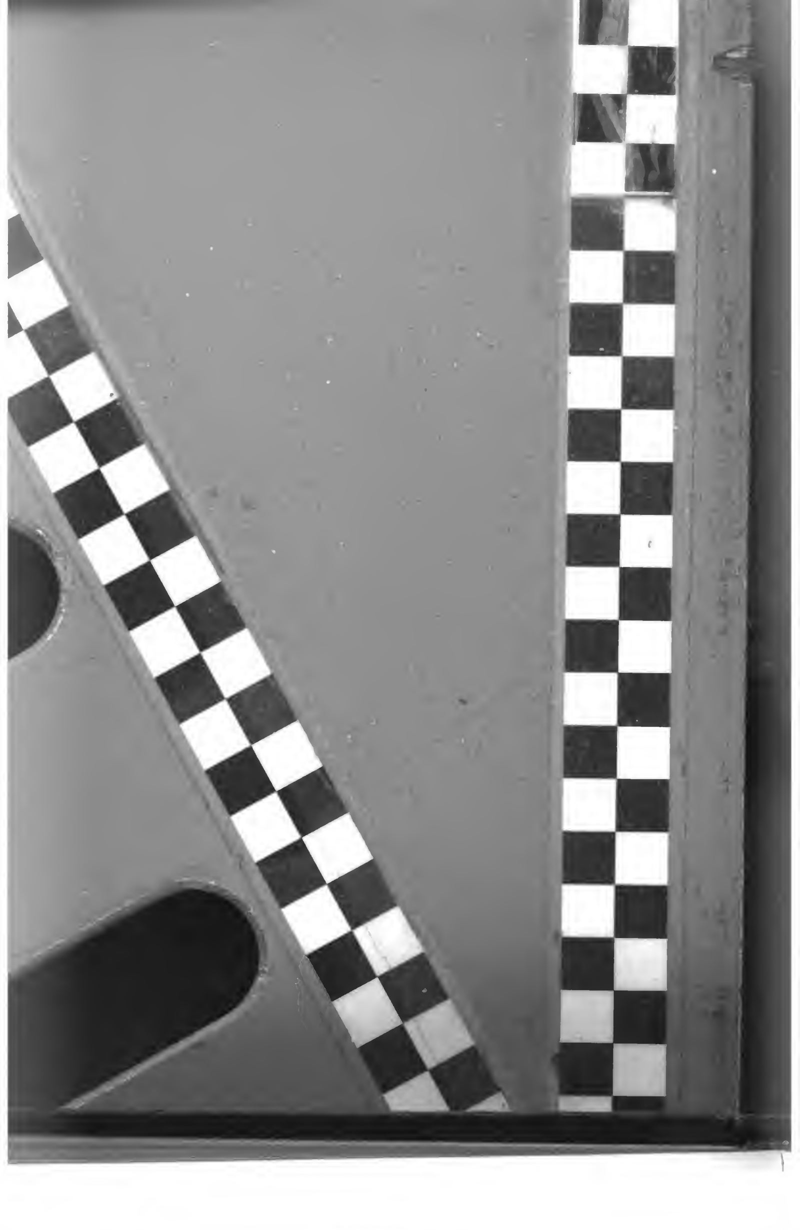
---

nur den Hinterbliebenen festangestellter Staatsbeamten und Landschullehrer gewährt.

28) Vgl. hierzu § 4 Diszipl.- und Pensionsges. v. 7. Jan. 1884.

29) Vgl. Entsch. des R.G. 37 S. 160.

30) Bez. der Feuerkassenbeamten vgl. Ges. v. 18. Mai 1903.



B.G.B.), sowie dasjenige der Pfändung der Forderungen (§ 851 Abs. 1 Z.P.O.).

Diese Vorschrift bezieht sich aber nicht auf die Pensionen der Hinterbliebenen von Geistlichen, abgesehen von den Geistlichen an den Krankenhäusern, den Gefängnissen und am Waisenhause,[31] und von Gemeindebeamten, abgesehen von den Landschullehrern.

IV. Art. 90 E.G. z. B.G.B., nach welchem die landesgesetzlichen Vorschriften über die Kautionspflicht der Beamten unberührt bleiben, hat für Hamburg keine praktische Bedeutung, da durch das Gesetz vom 22. April 1901[32] die Verpflichtung der Hamburgischen Staatsbeamten zur Bestellung von Amtskautionen gänzlich aufgehoben worden ist und die früher gestellten Kautionen, soweit nicht vorher Ansprüche auf die Kaution erhoben worden sind, vom 1. Juli 1901 an zurückgegeben sind.

§ 48. Die Vergütung der Notare.

I. Die Vergütung der Notare für ihre Berufstätigkeit ist wie die ganze Einrichtung des Notariats landesrechtlich geregelt. Maßgebend ist hierfür die Gebührenordnung für Notare vom 29. Dezember 1899,[1] welche diese Frage ausschließlich regelt (§ 1). In privatrechtlicher Beziehung kommen folgende Vorschriften in Betracht:

1. Die Sätze für die Höhe der Vergütung sind im Gesetz enthalten. In gewissen Fällen (§ 24 Abs. 1) kann der Notar eine angemessene Vergütung fordern. Für eine beratende Tätigkeit, sowie für die Anfertigung von Entwürfen zu Verträgen und anderen rechtsgeschäftlichen Erklärungen kann er eine besondere Vergütung nur auf Grund ausdrücklicher Vereinbarung fordern; regelmäßig gilt die in der Gebührenordnung vorgesehene Vergütung nicht nur als Entgelt für die formelle Beurkundung der Erklärungen, sondern auch für die richtige Formulierung der Willenserklärungen der Parteien.[2]

2. Die Fälligkeit der Gebühren tritt bei der Beendigung

31) Vgl. § 24 Gehaltsordn. v. 1. Mai 1907.
32) Vgl. Wulff I S. 202. S. auch oben S. 197.

1) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 260; Wulff III S. 369.
2) Vgl. hierzu Beibl. 1907 Nr. 22. Der Gesetzgeber wollte verhindern, daß der Notar in denjenigen Fällen, in denen ihm nicht ein fertiger Entwurf seitens der Parteien vorgelegt wird, für die Anfertigung des Protokolls neben der Beurkundungsgebühr noch eine besondere Gebühr fordern darf. Die Vereinbarung kann auch nachträglich getroffen werden. Schriftlichkeit ist nicht gefordert.

des Geschäfts, diejenige der baren Auslagen bei ihrer Entstehung ein (§ 28 Abs. 1 Gebührenordn.).

3. Der Notar ist berechtigt, eine Vorleistung von seinem Auftraggeber zu verlangen und im Falle der Nichterfüllung dieser Forderung seine Dienste zu verweigern (§ 28 Abs. 2 Gebührenordn.).

a) Er darf einen angemessenen Vorschuß zur Deckung seiner Gebühren und baren Auslagen fordern.

b) Er darf vor der Aushändigung von Ausfertigungen und Abschriften die Zahlung der Gebühren und Auslagen fordern.

c) Über eine gemäß a oder b erfolgte Weigerung des Notars zur Leistung seiner Dienste oder der Aushändigung der Urkunden entscheidet der Präsident des Landgerichts im Verwaltungswege unter Ausschluß des Rechtsweges (§ 28 Abs. 3 Gebührenordn.).

d) Der Notar hat im Rahmen des § 273 B.G.B. ein Zurückbehaltungsrecht an den ihm von dem Auftraggeber übergebenen Urkunden. Es muß aber die Forderung auf Rückgabe der Urkunden aus demselben Rechtsverhältnisse herrühren, wie diejenige auf Bezahlung der Vergütung. Wegen dieser Ansprüche ist der Rechtsweg nicht ausgeschlossen.

4. Die Einforderung der Gebühren und Auslagen seitens des Notars ist an gewisse Beschränkungen geknüpft.

a) Sie ist nur zulässig, wenn dem Auftraggeber vorher eine genaue schriftliche, vom Notar unterschriebene Berechnung mitgeteilt wird (§ 29 Gebührenordn.).[3]

b) Der Rechtsweg hinsichtlich der Vergütung kann, falls die Berechnung der Gebühren oder die Angemessenheit des Honorars streitig ist, erst dann beschritten werden, wenn die Notariatskammer vergeblich um ihre Vermittlung angegangen ist[4] (§ 30 Gebührenordn.).

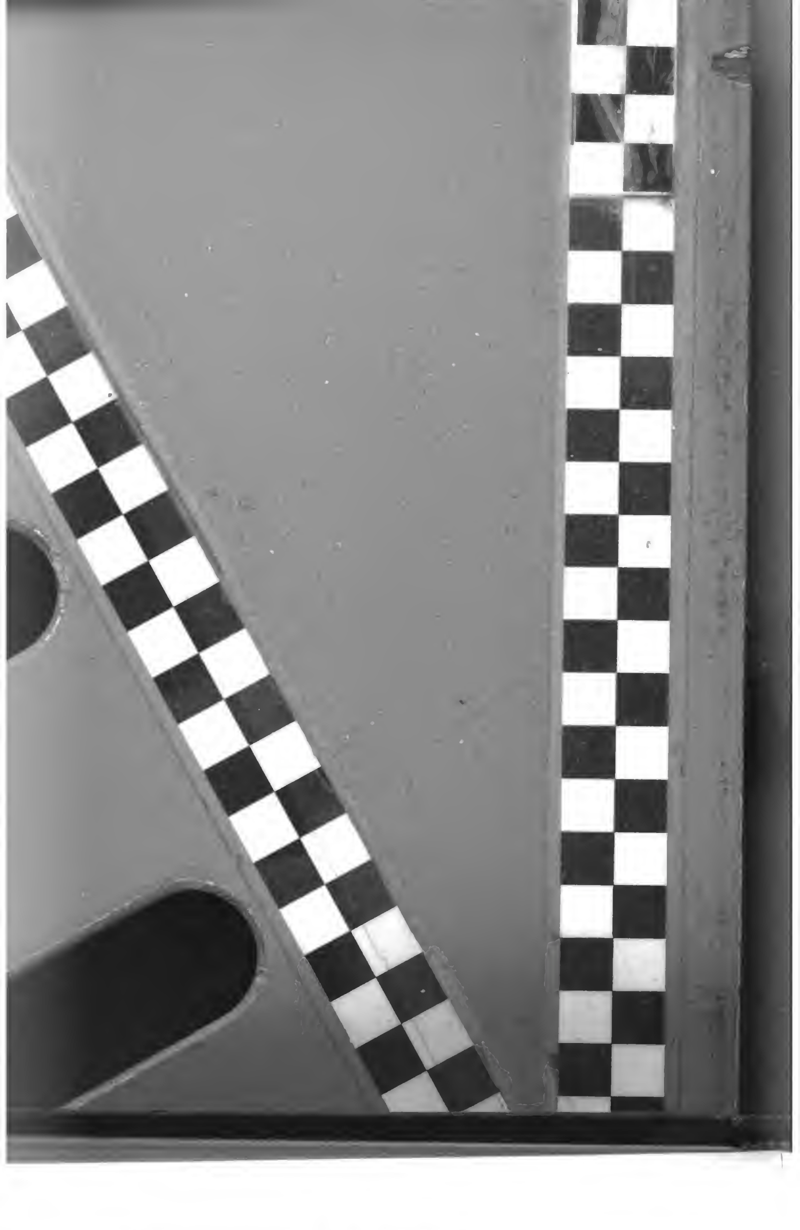
Falls dagegen die Bezahlung der Gebühren schlechthin verweigert wird, kann sofort der Rechtsweg beschritten werden.

§ 49. Sonstige Vergütungen für Dienst- und Werkleistungen.

I. Sowohl beim Dienstvertrag wie beim Werkvertrag ist, falls eine Vergütung vorher nicht vereinbart worden ist, bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung als vereinbart

3) Die in § 29 Abs. 2 enthaltene Vorschrift, daß der Notar diese Berechnung unter jeder Ausfertigung und Beglaubigung anzubringen hat, ist eine bloße Ordnungsvorschrift und ohne materielle Bedeutung.

4) Die Zulässigkeit dieser Vorschrift beruht auf § 13 G.V.G.



anzusehen (§§ 612, 632 B.G.B.), soweit nicht überhaupt eine Taxe für die Höhe der Vergütung bindend und die Vereinbarung einer höheren Vergütung unzulässig ist.

Die Gewerbeordnung beschränkt das Recht zur Anordnung obrigkeitlicher Taxen in erheblichem Umfange. Sie gestattet solche Taxen nur für einzelne Gewerbebetriebe, insbesondere für Lohnbediente und andere Personen, welche auf öffentlichen Straßen und Plätzen ihre Dienste anbieten, sowie für Benutzung von Wagen usw., für Schornsteinfeger, beeidigte gewerbetreibende Personen, Apotheker und unter gewissen Umständen für Ärzte.[1]

Die Gesindevermieter und Stellenvermittler werden im folgenden Paragraphen behandelt werden.

II. Hamburg hat von dieser Befugnis zur Aufstellung von Taxen in erheblichem Umfange Gebrauch gemacht. Doch besteht zwischen den Taxen insofern ein Unterschied, als teilweise die Vereinbarung einer höheren Vergütung zulässig, teilweise ausgeschlossen ist.

1. Lohnbediente und andere Personen, welche auf öffentlichen Straßen und Plätzen oder in Wirtshäusern ihre Dienste anbieten, sowie Inhaber von Transportmitteln.

a) Für die Dienstleistungen der Dienstmänner ist ein Tarif in § 9 der Dienstmannsordnung vom 12. März 1905[2] aufgestellt worden, welcher regelmäßig bindend ist. Nur beim Transport gewisser Gegenstände[3] ist die Vereinbarung einer Vergütung, welche den Tarif übersteigt, zulässig, doch ist dies vor Übernahme der Dienstleistung dem Auftraggeber zu erklären.

Dem Dienstmann steht ein Anspruch auf Vergütung erst nach geschehener Dienstleistung zu. Für Gänge und Bestellungen ohne Rückantwort kann er jedoch Vorherbezahlung der Vergütung fordern.

b) Für die Droschkenkutscher in Hamburg sind Tarifvorschriften in §§ 23 ff. der Droschkenordnung vom 1. August 1902[4] gegeben worden.

Eine Vereinbarung bez. einer den Tarif übersteigenden Vergütung ist in allen Fällen unzulässig, selbst wenn ein besonders schnelles Fahren gewünscht wird.[5] Das Fahrgeld kann vom Kutscher erst nach Beendi-

1) Vgl. §§ 72, 76—80 G.O.
2) Vgl. Wulff IV S. 328.
3) Gemälde, Kunstsachen, Glas und andere zerbrechliche Gegenstände.
4) Vgl. Wulff II S. 41.
5) Vgl. Urt. des O.L.G. v. 28. Febr. 1901 i. S. Ahlers.

gung der Fahrt gefordert werden, nur bei Fahrten nach Theatern, Konzertsälen und anderen Orten, wo ein bedeutender Wagenverkehr stattfindet, muß der Kutscher schon in angemessener Entfernung vorher das Fahrgeld fordern.

Der Anspruch auf Bezahlung des Fahrgeldes erlischt ganz, wenn eine Fahrt durch die Schuld des Kutschers, durch einen ihm zugestoßenen Zufall, durch Beschädigung des Fuhrwerks oder durch eine Funktionsstörung des Fahrpreisanzeigers unterbrochen und nicht fortgesetzt wird.

c) Für die Straßeneisenbahnen mit elektrischem Betriebe in Hamburg besteht ein auf Grund des Reglements vom 29. April 1895[6] erlassener Tarif, von welchem ohne Genehmigung der Polizeibehörde nicht abgewichen werden darf.

d) Für die Jollenführer besteht ein Tarif in der Jollenführerordnung vom 1. März 1906,[7] der durch Vereinbarung der Parteien nicht erhöht werden darf; eine solche Vereinbarung ist unzulässig.

e) Der unter den Parteien maßgebende Tarif für die Benutzung von Stellwagen (Breaks) ist von deren Besitzern selbst aufzustellen und in dem Stellwagen anzubringen.[8]

f) Dagegen besteht keine Taxe für die Vergütung der Fremdenführer. Dieselben müssen eine angemessene Vergütung vor Übernahme eines Dienstes vereinbaren. Der Anspruch auf die Vergütung steht dem Fremdenführer erst nach Beendigung seiner Dienste zu.[9]

2. Für Schornsteinfeger bestehen die Kehrtaxen für die Stadt Hamburg vom 5. Juli 1901[10] und für das Hamburgische Landgebiet vom Mai 1900.[11]

3. Von der Behörde beeidigte gewerbetreibende Personen und Sachverständige.

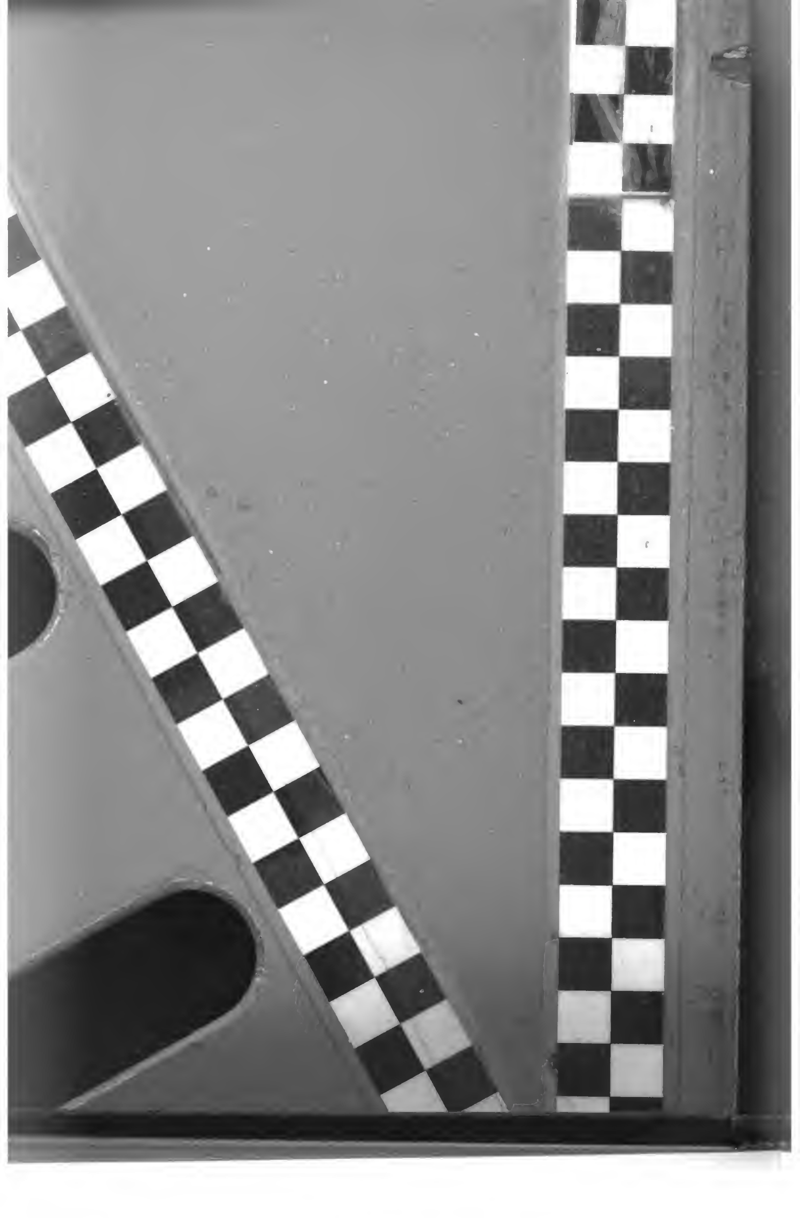
a) Mit Zulassung abweichender Vereinbarungen bestehen Taxen für:

α) die beeidigten Auktionatoren,[12]

β) die beeidigten Weinverlasser.[13]

---

6) Vgl. Wulff II S. 48.
7) Vgl. Ges.Samml. 1906 II S. 74, insbesondere §§ 5 Abs. 5, 7 ff.
8) Vgl. § 11 Polizeiregl. v. 18. Jan. 1897 betr. den Fuhrwerksbetrieb mit sog. Stellwagen (Wulff II S. 53).
9) Vgl. § 6 Fremdenführerordn. v. 19. Mai 1905 (Wulff IV S. 333).
10) Vgl. Wulff I S 545.
11) Vgl. Wulff I S. 549. Für die Landherrnschaft Ritzebüttel ist die Taxe v. 8. Sept. 1896 bis auf weiteres aufrechterhalten geblieben.



b) Unter Ausschluß abweichender Vereinbarungen bestehen Taxen für:

α) die beeidigten Rojer,[14]

β) die beeidigten Zuckerprobenzieher,[15]

γ) die beeidigten Handelschemiker,[16]

δ) die beeidigten Tabaksexperten,[17]

ε) die beeidigten Messer für Hölzer,[18]

ζ) die beeidigten Getreidewäger,[19]

η) die beeidigten Schiffs-Taxatoren,[20]

ϑ) die Dispacheure,[21]

ι) die Lotsen,[22]

κ) die nautischen Sachverständigen.[23]

c) Hierzu kann man auch die von der Handelskammer zur Prüfung des Hergangs der Gründung von Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien bestellten Revisoren zählen, für welche ein Tarif[24] besteht, doch kann die Handelskammer in Ausnahmefällen eine höhere Vergütung festsetzen.

d) Für die von der Handelskammer ernannten Sachver-

12) Vgl. § 6 Regul. für die beeidigten Auktionatoren v. 21. Dez. 1871, § 7 Ges. betr. Aufhebung des Instituts der beeidigten Mäkler und Ernennung von beeidigten Auktionatoren v. 20. Dez. 1871 (Wulff I S. 350), § 6 eines voraussichtlich demnächst zu veröffentlichenden neuen Gesetzes und Mäklergebührentaxe v. 28. Dez. 1874 (Wulff I S. 351).

13) Vgl. § 6 Regul. für die beeidigten Weinverlasser v. 2. Juli 1896 (Wulff I S. 359).

14) Vgl. § 13 Regul. für die beeidigten Rojer v. 3. Sept. 1897 (Wulff I S. 359).

15) Vgl. § 13 Bek. betr. die Ernennung beeidigter Zuckerprobenzieher v. 30. Jan. 1891 (Wulff I S. 361).

16) Vgl. Rev. Gebührentaxe für die beeidigten Handelschemiker vom 9. Juni 1884 (Wulff I S. 362).

17) Vgl. §§ 8, 9 Bek. betr. Anstellung beeidigter Tabaksexperten vom 26. Mai 1869 (Wulff I S. 364).

18) Vgl. § 14 Bek. betr. Messung und Wägung ausländischer Nutzhölzer v. 24. Juni 1903 (Wulff IV S. 175) und § 5 Bek. betr. die Anstellung eines beeidigten Mäklers für Bauhölzer v. 7. Sept. 1876 (Wulff I S. 367).

19) Vgl. § 14 Bek. betr. Anstellung beeidigter Getreidewäger v. 16. Dez. 1882 (Wulff I S. 369).

20) Vgl. § 12 Bek. v. 18. Jan. 1882 betr. die Ernennung beeidigter Schiffstaxatoren (Wulff I S. 405).

21) Vgl. Tarif für Aufmachung von Dispachen (Wulff I S. 405).

22) Vgl. § 15 Cuxhavener Lotsenordn. v. 20. Dez. 1838 (Wulff I S. 409) und Ges. v. 5. Mai 1893 (Wulff I S. 410) dazu.

23) Vgl. § 10 Regul. für die nautischen Sachverständigen v. 5. Juni 1886 (Wulff I S. 403).

24) Vgl. Gebührenordn. v. 8. Dez. 1899 (Wulff III S. 151), abgeändert durch Bek. der Handelsk. v. 9. Sept. 1905 (Ges.Samml. II S. 91).

ständigen besteht eine Taxe,[25] doch kann eventuell eine höhere Vergütung gefordert werden, welche, falls die Parteien sich nicht einigen, endgültig von der Handelskammer festzusetzen ist.

Dagegen ist die Vergütung der von der Gewerbekammer und der Detaillistenkammer ernannten Sachverständigen[26] von diesen Kammern festzusetzen, soweit es sich nicht um Leistungen handelt, für welche die Reichsgebührenordn. für Zeugen und Sachverständige vom 20. Mai 1898 maßgebend ist.

e) Keine Taxe besteht für die beeidigten Bücherrevisoren. Falls über die Höhe der Vergütung Streit entsteht, hat die Handelskammer endgültig zu entscheiden.[27]

III. Einer besonderen Betrachtung bedarf die Vergütung der Ärzte und des ärztlichen Hilfspersonals, sowie der Apotheker.

1. Die Bezahlung der Ärzte ist nach § 80 G.O. der freien Vereinbarung überlassen, doch können für streitige Fälle im Mangel einer Vereinbarung von den Zentralbehörden der Bundesstaaten Taxen festgesetzt werden.

In Hamburg ist eine solche Taxe nicht erlassen worden. In streitigen Fällen ist aber das Medizinalkollegium verpflichtet, auf Verlangen des Gerichts ein Gutachten über die Angemessenheit des Honorars abzugeben, welches für das Gericht indessen nur dieselbe Bedeutung hat, wie ein anderes Sachverständigengutachten.[28]

2. In gleicher Weise wie hinsichtlich der Ärzte ist die Vergütung für die Hebammen[29] und das geprüfte untere Heil- und Pflegepersonal[30] geregelt, d. h. es unterliegt die Vergütung grundsätzlich der freien Vereinbarung.

---

25) Vgl. § 5, 3 Ges. betr. Aufhebung des Instituts der beeidigten Mäkler usw. v. 20. Dez. 1871 (Wulff I S. 350, 349), § 3 eines voraussichtlich demnächst zu veröffentlichenden neuen Gesetzes und Mäklergebührentaxe v. 28. Dez. 1874 unter I a. E. (Wulff I S. 353).

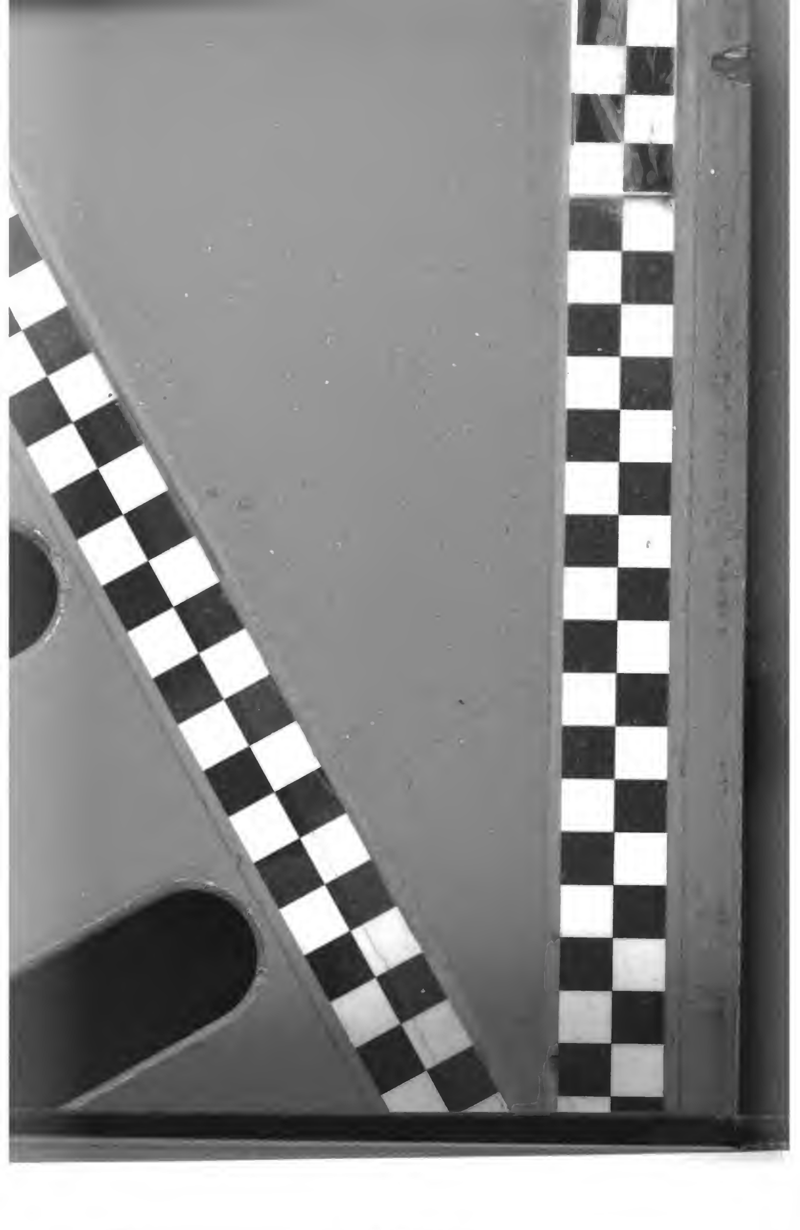
26) Vgl. § 5 Regul. für die von der Gewerbekammer ernannten Sachverständigen v. 6. April 1900 (Wulff I S. 536), § 5 Sachverst.- und Gebührenordn. für die von der Detaillistenkammer ernannten Sachverständigen vom 15. Febr. 1905 (Wulff IV S. 327).

27) Vgl. § 5 Bek. betr. die Ernennung beeidigter Bücherrevisoren (Wulff I S. 370).

28) Vgl. § 8 Ärzteordn. v. 21. Dez. 1894 (Wulff II S. 339); Beibl. 1890 Nr. 48.

29) Vgl. § 10 Hebammenordn. v. 29. Dez. 1899 (Wulff II S. 368).

30) Vgl. § 7 Ver. betr. das untere Heil- und Pflegerpersonal v. 5. Mai 1902 (Wulff II S. 378).



3. Die für die Apotheken maßgebende Arzneitaxe wird alljährlich, und zwar auf Grund einer unter den Bundesregierungen getroffenen Verständigung neu festgestellt. Eine Überschreitung der Taxe ist unzulässig.

IV. Bei Streitigkeiten über die Vergütung für solche Dienstleistungen, für welche eine polizeiliche Taxe besteht, können die Polizeibehörden auf Antrag einer der Parteien eine Entscheidung fällen, welche vorläufig vollstreckbar ist, aber im ordentlichen Rechtswege mit der Klage angefochten werden kann. Die polizeiliche Entscheidung erfolgt unter Vorbehalt aller materiellen Ansprüche für beide Parteien (§ 2 Verhältnisges.).

Eine Frist für die Anstellung der Klage im ordentlichen Verfahren besteht nicht.

Solche polizeilichen Taxen sind die Taxen unter II 1 und 2, nicht dagegen diejenigen unter II 3, da diese weder von der Polizeibehörde erlassen sind, noch einen polizeilichen Charakter haben.

V. Nicht unter den Begriff der polizeilichen Taxen fallen die Preisverzeichnisse, welche die Inhaber der Hotels, Gasthöfe, Schlafbaaswirtschaften, Herbergen, sowie die Auswandererwirte der Polizeibehörde einzureichen[31] und in ihren Lokalen anzuschlagen haben und welche bis zur Änderung für die von den Wirten usw. den Gästen zu berechnenden Preise privatrechtlich maßgebend sind.

§ 50. Der Mäklervertrag.

Die Vorschriften des B.G.B.[1] und des H.G.B.[2] über den Mäklervertrag werden in manchen Punkten durch die Landesgesetzgebung ergänzt. Einmal betrifft dies die Höhe des Mäklerlohns, sodann die Verpflichtung zur Zahlung eines Mäklerlohns, endlich aber können auf den dem Landesrecht vorbehaltenen Gebieten auch weitergehende, von den reichsrechtlichen abweichende Vorschriften getroffen werden.

I. Im öffentlichen Interesse sind denjenigen, welche die Vermittlung von Geschäften gewerbsmäßig betreiben, also den

---

31) Vgl. § 75 G.O.; § 21 Polizeiver. für die Stadt Hamburg v. 7. April 1893 für den Betrieb der Gast- und Schankwirtschaften usw. (Wulff I S. 572); § 7 Ver. v. 12. Juli 1906 für die Beherbergung von Auswanderern (Ges.Samml. 1906 II S. 147).

1) Vgl. §§ 652—656.

2) Vgl. §§ 93—104.

Handels- und den sog. Zivilmäklern,[3] gewisse Verpflichtungen auferlegt.

1. Sämtliche gewerbsmäßigen Mäkler sind verpflichtet, Besichtigungen und Abschätzungen, die ihnen von Behörden und Gerichten aufgetragen werden, vorzunehmen, und zwar auch außerhalb der prozessualen Verpflichtung hierzu.[4]

2. Die Vermittler von Grundstücksverkäufen müssen von den durch sie vermittelten Eigentumsveränderungen der Finanzdeputation Anzeige erstatten.[5]

Diese Vorschriften sind, da sie öffentlichrechtlicher Natur sind, in Kraft geblieben.[4]

II. Der Mäklerlohn.

1. Ist die Höhe des Mäklerlohns unter den Parteien nicht vereinbart, so ist bei dem Bestehen einer Taxe der taxmäßige Lohn, in Ermanglung einer Taxe der übliche Lohn zu bezahlen (§ 653 B.G.B.). Nach §§ 72ff. G.O. ist für Privatmäkler die Aufstellung einer Taxe nicht gestattet. Demgemäß hat die Mäklergebührentaxe vom 28. Dezember 1874[6] nicht die Bedeutung einer Taxe im Sinne der genannten Vorschrift, doch enthält diese Taxe die Usance, welche sich über die Höhe des Mäklerlohns gebildet hat, und ist sie für die Bestimmung des üblichen Lohns maßgebend.

Der Lohn richtet sich hiernach nach dem Werte des Vertragsobjekts, nicht nach dem Umfange der Bemühungen des Mäklers.

2. Über die Verpflichtung zur Bezahlung des Mäklerlohns bestimmen die §§ 652, 653 B.G.B., daß ein solcher zu bezahlen ist, falls er ausdrücklich versprochen ist, oder falls die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Dagegen kann nach § 99 H.G.B. der Handelsmäkler in Ermanglung einer besonderen Vereinbarung oder eines abweichenden Ortsgebrauchs den Mäklerlohn von jeder Partei zur Hälfte, also auch von derjenigen, welche ihn nicht engagiert hat, verlangen.

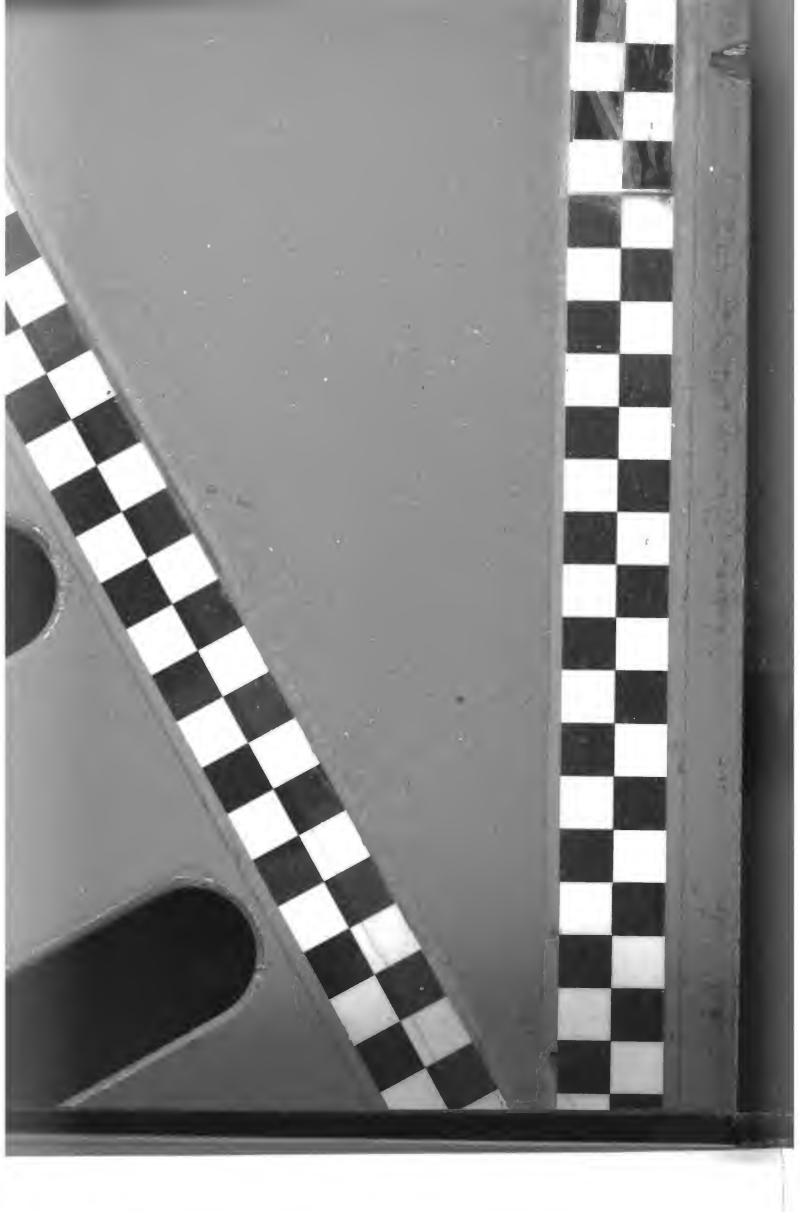
Für Hamburg besteht ein solcher abweichender Ortsgebrauch nach der Einleitung zur Mäklergebührentaxe vom 28. Dezember 1874 insofern, als, falls nicht etwas anderes vereinbart ist, die Courtage bei

3) Diesen Ausdruck gebraucht Staub, H.G.B. I Exkurs zu § 92.

4) Vgl. § 2 Ges. v. 20. Dez. 1871 betr. Aufhebung des Instituts der beeidigten Mäkler usw. (Wulff I S. 348). Diese Vorschrift dürfte durch ein voraussichtlich demnächst zu veröffentlichendes neues Gesetz beseitigt werden.

5) Vgl. § 20 Ges. v. 1. März 1882 betr. die Immobilienabgabe.

6) Vgl. Wulff I S. 351.



Verkäufen beweglicher Sachen nur vom Verkäufer, und nach II dieser Taxe insofern, als die Courtage beim Abschluß von See- und Feuerversicherungen nur vom Versicherer [7] zu bezahlen ist.

Hausmäkler haben nach IV der Taxe mehrfach von beiden Seiten die volle Gebühr zu beanspruchen, doch setzt dies nach § 652 B.G.B. voraus, daß ein wirkliches Vertragsverhältnis zwischen dem Mäkler und beiden Parteien besteht.[8]

III. Gesindevermieter und Stellenvermittler.

Durch die Nov. zur G.O. vom 30. Juni 1900 sind die Gesindevermieter und Stellenvermittler unter diejenigen Gewerbetreibenden aufgenommen worden, bez. deren die Zentralbehörden der Bundesstaaten für befugt erklärt worden sind, den Umfang der Befugnisse und Verpflichtungen, sowie den Geschäftsbetrieb zu regeln (§ 38 Abs. 1 G.O.), und bez. deren gewisse Taxvorschriften gelten (§ 75 a G.O.). Nach dem Reichsgesetz vom 2. Juni 1902 findet dies auch auf die gewerbsmäßige Stellenvermittlung für Schiffsleute Anwendung. Dieses Recht der Zentralbehörde erstreckt sich auch auf den Erlaß von Vorschriften über die privatrechtliche Wirkung der von diesen Gewerbetreibenden abgeschlossenen Verträge.[9]

In den Senatsverordnungen vom 30. April 1902 betr. den Geschäftsbetrieb der Gesindevermieter und Stellenvermittler [10] und vom 23. März 1903 betr. den Geschäftsbetrieb der Stellenvermittler für Schiffsleute [11] finden sich mehrere rein privatrechtliche Bestimmungen.

1. Für die Verträge der Gesindevermieter und Stellenvermittler, ausschließlich derjenigen für Schiffsleute, gilt folgendes:

a) Die Gesindevermieter und Stellenvermittler dürfen ihre Vermittlungsgebühr nur nach einer Taxe erheben, welche sie selbst aufstellen und abändern dürfen, aber der Behörde einreichen und in ihren Geschäftsräumen anschlagen müssen. Diese Taxe ist für die Höhe der Gebühr maßgebend, und zwar im Falle einer Abänderung so lange, bis die Abänderung der Behörde angezeigt und in den Geschäftsräumen angeschlagen ist (§ 75 a G.O., § 16 Ver. vom 30. April 1902).

---

7) Bei einer Neuredaktion der Taxe bez. der Seeversicherungen ist diese Vorschrift fortgelassen worden, doch gilt sie kraft Ortsgebrauchs fort.
8) Dies galt schon unter dem früheren Recht. Vgl. Beibl. 1884 Nr. 131; 1885 Nr. 67; 1886 Nr. 17; 1887 Nr. 118; 1904 Nr. 40.
9) Vgl. Schicker, Gewerbeordn. 4. Aufl. S. 194. Beibl. 1905 Nr. 46.
10) Vgl. Wulff I S. 557.
11) Vgl. Wulff IV S. 182.

Meistens enthält der Tarif auch Vorschriften darüber, wer die Gebühr zu bezahlen hat. Dies richtet sich jedoch nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Maßgebend ist die Vorschrift des Tarifs nur für diejenigen, zu denen der Vermittler in ein Vertragsverhältnis getreten ist.

Neben der Gebühr dürfen Kosten nicht berechnet oder entgegengenommen werden. Bare Auslagen dürfen nur insofern gefordert werden, als ihre Verwendung nachweislich auf Verlangen des Auftraggebers erfolgt ist. Etwaige Mehrleistungen können auf Grund von § 817 B.G.B. zurückgefordert werden.

Die Gebühr darf erst nach Erledigung des Auftrages gefordert werden. Eine Vorschußbestellung ist nicht zulässig und kann rückgängig gemacht werden.

b) Der Anspruch auf Zahlung der Gebühr erlischt,[12] oder es entsteht im Falle der bereits erfolgten Bezahlung ein Anspruch auf Rückerstattung (§ 11 Ver. vom 30. April 1902)

α) wenn der Gesindevermieter oder Stellenvermittler dem Dienstherrn oder dem Dienstnehmer gegenüber für bestimmte Eigenschaften des Dienstnehmers oder der vermittelten Stellung die Garantie übernommen hat und diese Eigenschaften nicht vorhanden sind,

β) wenn der Dienstnehmer die Stelle nicht antritt.[13]

c) Berechtigt zur Rückforderung ist im Falle α der getäuschte Dienstherr oder Dienstnehmer, im Falle β der Dienstherr.

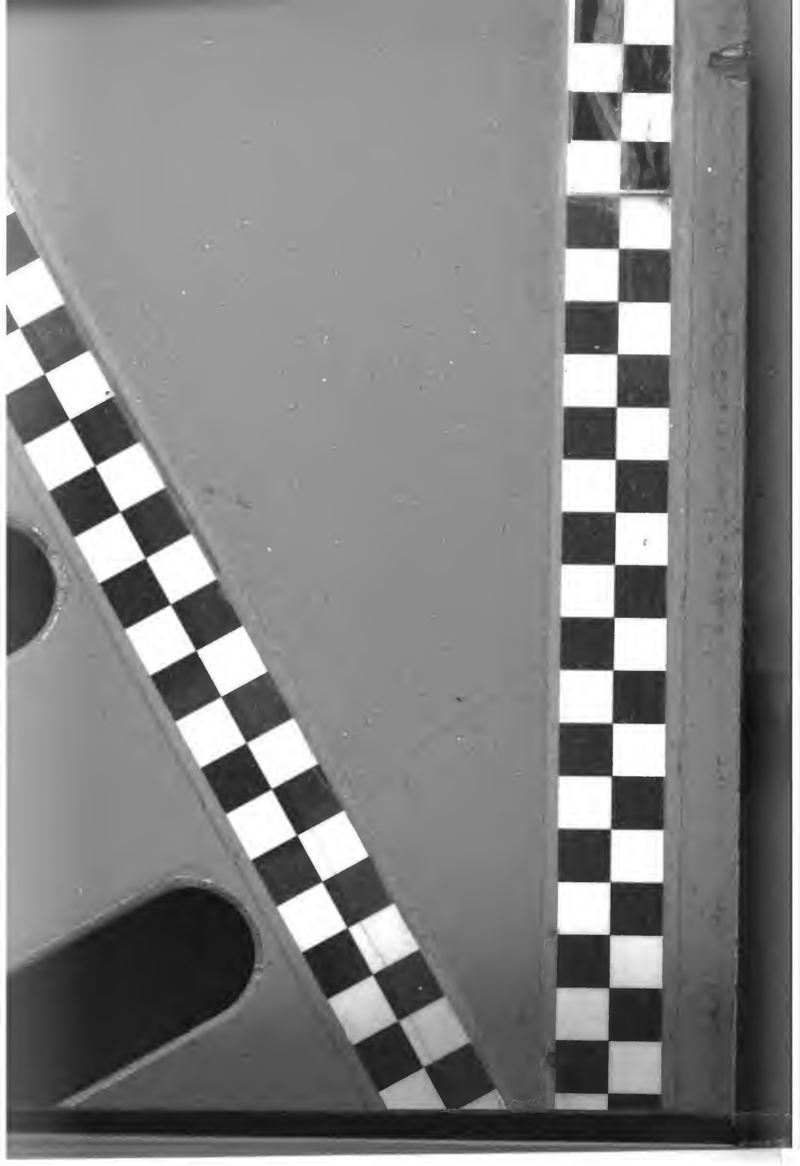
d) Ist in den vorgenannten Fällen die Gebühr bereits bezahlt worden, so kann der Anspruch auf Rückgabe nur binnen zwei Wochen nach dem Zeitpunkte, an welchem der Dienstantritt erfolgt ist, oder hätte erfolgen sollen, erhoben werden. Diese Frist ist keine Verjährung, sondern eine Ausschlußfrist. Sie unterliegt daher nicht den Vorschriften über Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung.

e) Eine Abänderung der Vorschriften unter b, c, d durch Parteiabrede zugunsten der Gesindevermieter oder Stellenvermittler ist nicht zulässig. Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig (§ 134 B.G.B.).

f) Die Ausübung eines Pfand- oder Zurückbehaltungsrechts seitens des Gesindevermieters oder Stellenvermittlers, auch

12) Vgl. Beibl. 1905 Nr. 46.

13) Daß der Nichtantritt auf ein Verschulden des Dienstverpflichteten zurückgeführt werde, wird nicht gefordert; vgl. auch Beibl. 1905 Nr. 46.



die Bestellung eines solchen durch Vertrag an den Dienstbüchern, Meldescheinen und Zeugnissen der Stellensuchenden sowie an sonstigen Gegenständen, die bei Anlaß der Stellenvermittlung in den Besitz des Gesindevermieters oder Stellenvermittlers gelangt sind, ist verboten. Jedes zuwiderlaufende Rechtsgeschäft ist nichtig (§ 134 B.G.B.).

2. In der Senatsver. vom 23. März 1903 ist der Geschäftsbetrieb der Stellenvermittler für Schiffsleute erschöpfend geregelt und finden die Vorschriften der Ver. über die Gesindevermieter und Stellenvermittler auch nicht ergänzend Anwendung (§ 18 Ver.).

a) Über die Höhe der Gebühr dieser Stellenvermittler besteht eine polizeiliche Taxe (§ 14 Ver. vom 23. März 1903).[14] Neben der Gebühr dürfen weitere Kosten nicht berechnet oder entgegengenommen werden. Die Erstattung barer Auslagen kann nur unter derselben Voraussetzung wie bei 1 a gefordert werden.

b) Die Gebühr ist in allen Fällen von dem Reeder und dem Schiffsmanne je zur Hälfte zu bezahlen. Diese Vorschrift kann durch Parteiabrede zu Ungunsten des Schiffsmannes nicht geändert werden, eine entgegenstehende Vereinbarung ist nichtig. Wohl aber ist eine Änderung zu Ungunsten des Reeders, z. B. die Übernahme der ganzen Gebühr seitens des Reeders zulässig.[15]

c) Der Anspruch auf die Vermittlungsgebühr erlischt gegenüber dem Reeder, oder es entsteht im Falle der bereits erfolgten Bezahlung der Gebühr ein Anspruch auf Rückerstattung derselben, falls der Schiffsmann seinen Dienst nicht zur festgesetzten Zeit antritt. Eine Abänderung dieser Vorschriften durch Parteiabreden erscheint, da etwas anderes nicht vorgeschrieben ist, gestattet.

d) Der Stellenvermittler darf sich nicht von Gast- und Schankwirten, Kleinhändlern mit Getränken, Pfandleihern und ähnlichen Gewerbetreibenden für die Ausübung seiner Vermittlungstätigkeit irgendwelche Vergütungen gewähren oder versprechen lassen (§ 13 Ver. vom 23. März 1903). Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig (§ 134

14) Diese Taxe ist durch § 4 Reichsges. v. 2. Juni 1902 betr. die Stellenvermittlung für Schiffsleute für zulässig erklärt. Sie ist für Hamburg am 26. März 1903 (Wulff IV S. 187) von der Polizeibehörde erlassen worden.

15) Diese Vorschrift wie die folgende sind reichsrechtliche (§ 4 Ges. v. 2. Juni 1902) und in der Ver. v. 23. März 1903 nur einfach wiederholt. Doch hat letzteres keinen Einfluß darauf, daß die Vorschriften als reichsrechtliche anzusehen sind.

B.G.B.), das auf Grund ihrer Geleistete kann nach § 817 B.G.B. zurückgefordert werden.

e) Hinsichtlich der Ausübung eines Pfand- oder Zurückbehaltungsrechts gilt das gleiche wie für die übrigen Stellenvermittler (§ 11 Ver. vom 23. März 1903).

§ 51. Der Lotterievertrag.

Nach § 763 B.G.B. ist ein Lotterie- oder Ausspielvertrag nur dann verbindlich, wenn die Lotterie oder die Ausspielung staatlich genehmigt ist. Zuständig für die Erteilung der staatlichen Genehmigung ist der Senat (§ 26 A.G. z. B.G.B.). Derselbe kann die Ausübung des Genehmigungsrechts für einzelne Fälle oder für bestimmte Gruppen von Fällen an die Verwaltungsbehörden delegieren.[1]

Von besonderer Bedeutung für das Hamburger Recht ist die Hamburger Stadtlotterie,[2] bez. deren gesetzliche Vorschriften nicht bestehen, deren Lotterieplan und dazugehörige Ausführungsbestimmungen aber häufig den Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen gebildet haben. Diese Ausführungsbestimmungen zu dem Lotterieplane sind für das Rechtsverhältnis der Kontrahenten maßgebend, soweit die Losinhaber sie gekannt haben. Eine Vermutung besteht dafür, daß diejenigen, welche sich eingehend mit der Lotterie befassen, die Ausführungsbestimmungen kennen, oder sich denselben wenigstens sonst stillschweigend unterwerfen.[3]

I. Die Hamburger Stadtlotterie wird von der Generaldirektion der Hamburgischen Stadtlotterie verwaltet. Diese verkauft die Lose an Kollekteure, für deren Solvenz sie einsteht. Unter dem Kollekteur als solchem versteht der Plan denjenigen, welcher die Lose direkt von der Generaldirektion erhält.[4] Daneben gibt es noch Unterkollekteure oder Agenten, mit denen die Generaldirektion in keinem direkten Ver-

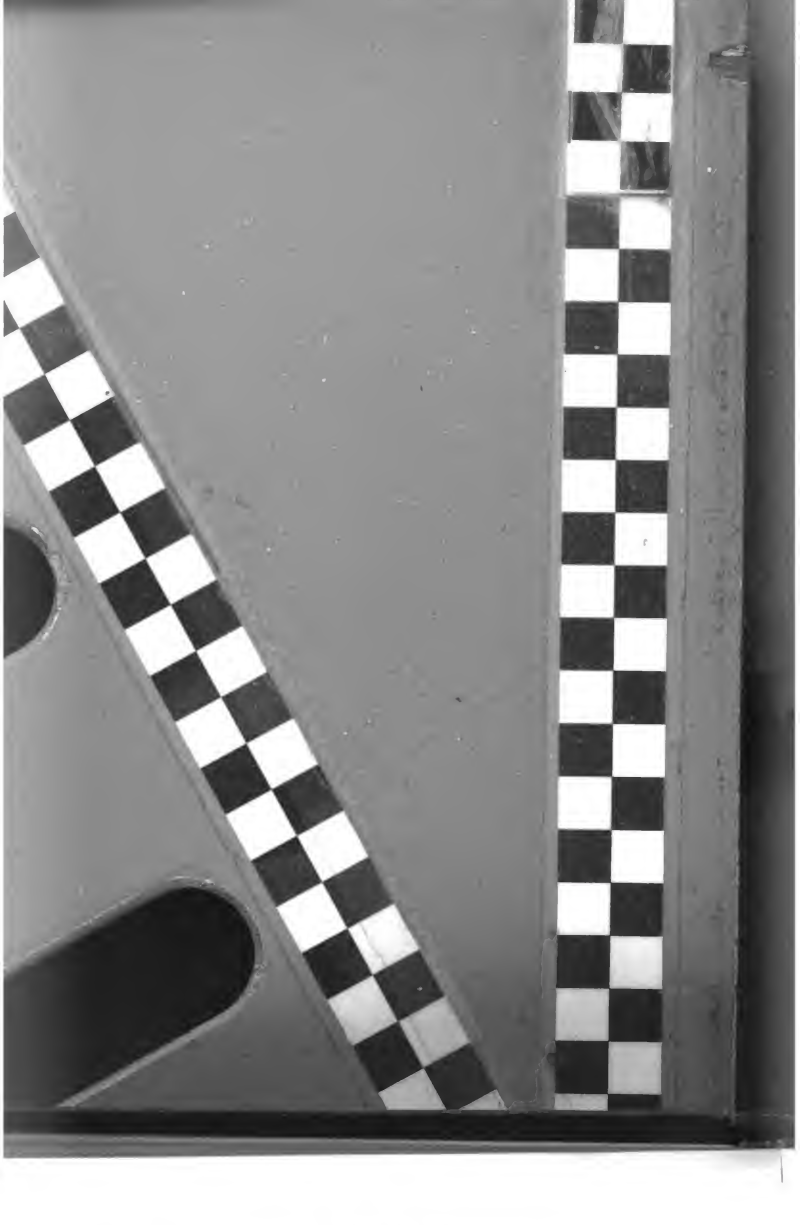
---

1) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 34.

2) Ein eigentliches Lotterieregal hat in Hamburg nie bestanden, vielmehr lediglich das Erfordernis einer behördlichen Konzession (Beibl. 1907 Nr. 36). Von auswärtigen Klassenlotterien sind in Hamburg nur zugelassen die Braunschweigische und die Lübeckische. Vgl. auch das Ges. v. 20. Januar 1899 betr. Zuwiderhandlungen gegen Lotterieverbote usw. (Wulff II S. 552).

3) Vgl. Beibl. 1884 Nr. 169, bes. S. 273, 278. Vgl. auch Niemeyer S. 239.

4) Vgl. Beibl. 1884 Nr. 169 S. 274, 277, 278; 1885 Nr. 33.



tragsverhältnis steht,[5] für welche aber der betr. Kollekteur aufzukommen hat.

Die Hamburger Lotterie ist eine aus 7 Klassen bestehende Klassenlotterie.[6]

II. Das Lotterielos und der Anspruch auf den Gewinn.

1. Das Hamburger Lotterielos ist ein Inhaberpapier[7] und gewährt als solches dem Inhaber ein selbständiges Recht auf ein Erneuerungslos[8] derselben Nummer in der folgenden Klasse gegen Zahlung der planmäßigen Einlage und im Falle der Ziehung auf Auszahlung des Gewinns.

Im Falle eines Verlustes des Loses hat der betr. Inhaber des Loses dem Kollekteur oder Unterkollekteur Anzeige zu erstatten, der dieselbe an die Generaldirektion weitergibt. Der Anzeiger hat Anspruch auf einen etwaigen Gewinn, falls das Los nicht während der auf die Ziehung folgenden zwei Monate vorgezeigt wird. Ist letzteres der Fall, so haben die beiden Prätendenten ihren Streit gerichtlich auszufechten.

2. Der Anspruch auf das Erneuerungslos muß spätestens am fünften Tage vor Beginn der neuen Ziehung bei dem Kollekteur unter Rückgabe des nicht gezogenen Loses und Bezahlung der Einlage geltend gemacht werden. Erhält der Spieler das Erneuerungslos von seinem Kollekteur nicht, so hat er sich unter Einreichung des Loses der Vorklasse an die Generaldirektion zu wenden, welche ihm, falls sie ihm das betr. Los nicht liefern kann, unentgeltlich zwei andere Lose für alle folgenden Klassen der Lotterie oder deren vollen Wert gewähren muß.

Eine Verpflichtung zur Abnahme von Losen einer folgenden Klasse entsteht an sich aus dem Kaufe eines Loses für den Inhaber nicht.

3. Der Anspruch des Losinhabers auf den Gewinn geht zunächst gegen denjenigen, von welchem er das Los gekauft hat, und zwar auf Grund des besonderen zwischen den Parteien bestehenden Vertrages.

---

5) Falls die Generaldirektion nicht darauf achtet, daß der Kollekteur seinen Stempel auf das Los setzt und dann ein weiterer Abnehmer das Los stempelt, muß sie die Folgen dieser Nachlässigkeit tragen und es sich gefallen lassen, daß der letztere als ihr Kollekteur angesehen wird. Vgl. Beibl. 1885 Nr. 33.

6) Hier werden nur die Besonderheiten des Hamburger Lotterierechts dargestellt werden. Die sich aus den allgemeinen privatrechtlichen Rechtssätzen ergebenden Fragen, namentlich bez. des Anspruchs auf den Gewinn im Falle unpünktlicher Bezahlung der Einlage, scheiden hier aus.

7) Vgl. Beibl. 1874 Nr. 115; 1876 Nr. 114; 1882 Nr. 118; 1885 Nr. 33.

8) Vgl. Beibl. 1887 Nr. 187

Er kann sodann aber auch direkt gegen den Kollekteur gerichtet werden, der auf dem Lose namhaft gemacht ist, ohne daß dieser den Spieler an den Unterkollekteur verweisen kann.[9] Da der Kollekteur selbständig haftet, kann er nicht mit Forderungen des Unterkollekteurs an den Losinhaber aufrechnen.[10]

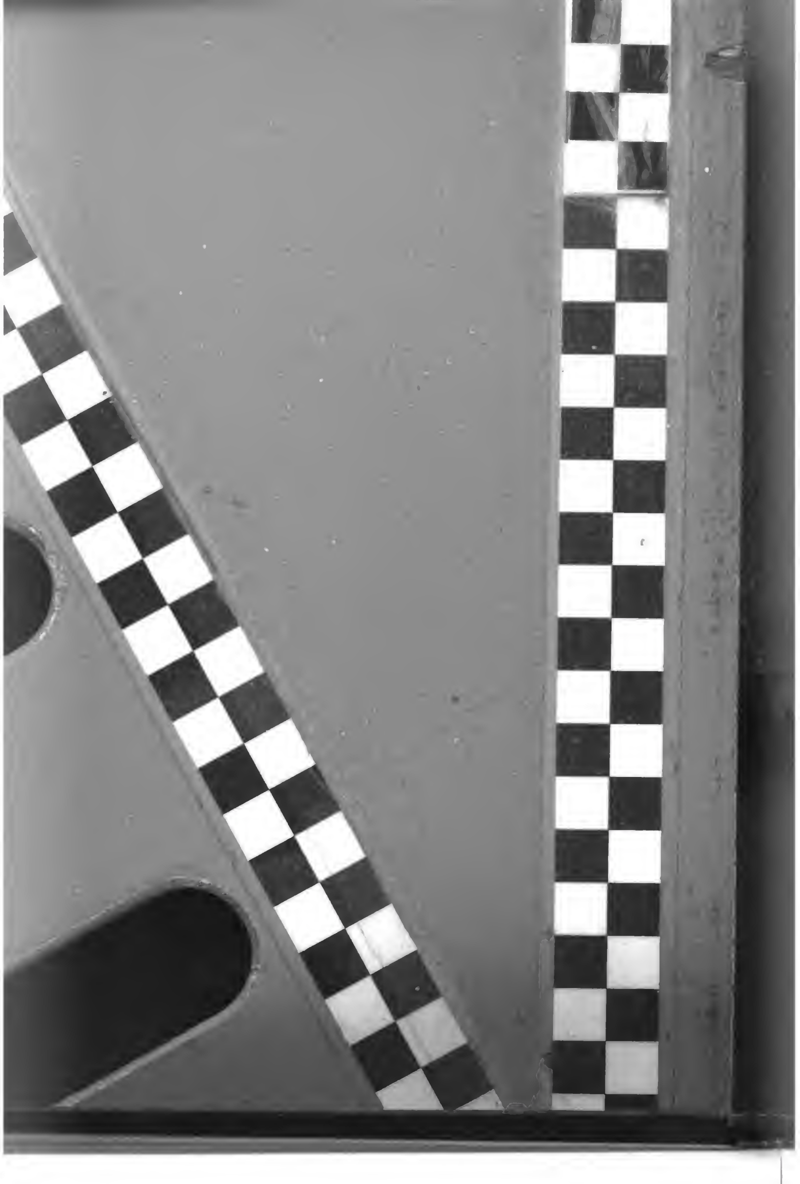
Endlich geht der Anspruch auch direkt gegen die Generaldirektion. Diese haftet dem Gewinner selbständig und prinzipiell. Sie haftet neben dem Kollekteur als Gesamtschuldner (§ 421 B.G.B.) und kann nicht verlangen, daß der Kollekteur zunächst ausgeklagt wird.[11] Vielmehr kann sie nur beanspruchen, daß der Kollekteur zunächst unter Einreichung des Loses fruchtlos zur Zahlung aufgefordert ist. Sie ist verpflichtet, den Gewinn binnen zwei Monaten nach beendeter Ziehung auszuzahlen.

4. Der Gewinn wird nur ausbezahlt gegen Einreichung des Loses. Hierunter ist nicht eine unmittelbare Zug um Zug-Leistung zu verstehen. Es genügt, daß das Los vorher eingesandt ist. Auch muß die Generaldirektion eine an den Kollekteur geschehene Einreichung des Loses gegen sich gelten lassen, falls dieser das Los nicht zurückgegeben hat.[12]

5. Der Gewinnanspruch kann frühestens 14 Tage nach der Ziehung geltend gemacht werden. Er erlischt zwei Monate nach beendeter Ziehung und kann später auch gegen die Generaldirektion nicht mehr erhoben werden. Doch besteht diese Frist nur zugunsten der Staatskasse. Soweit diese den Gewinn dem Kollekteur trotzdem ausbezahlt hat, muß dieser ihn auch später noch dem Losinhaber auskehren.[13]

6. Die Bestimmung des Plans, daß Gewinngelder nicht gepfändet werden können, ist nicht gültig. Die Frage, inwieweit dem Vermögen des Schuldners angehörige Vermögensgegenstände der Pfändung unterliegen, ist eine Frage des öffentlichen Rechts und kann durch private Vereinbarung nicht zum Nachteil solcher Personen, die an der Ver-

9) Vgl. Beibl. 1884 Nr. 169 S. 277, 279.
10) Vgl. Beibl. 1884 Nr. 169 S. 280.
11) Wenn diese Gesamthaftung früher (Beibl. 1884 Nr. 169 S. 280) auf Art. 280 H.G.B., § 30 E.G. z. H.G.B. gestützt wurde, so ergibt sie sich heute aus den §§ 420, 421 B.G.B., da eine Teilung der Verpflichtung den Absichten der Parteien zuwiderlaufen würde.
12) Vgl. Beibl. 1885 Nr. 33; Niemeyer S. 239.
13) Vgl. Beibl. 1872 Nr. 14; 1874 Nr. 115.



einbarung nicht teilnehmen, geregelt werden.[14] Dies würde selbst dann gelten, wenn neben der Unpfändbarkeit die Nichtabtretbarkeit der Gewinngelder vereinbart wäre (§ 851 Abs. 1 Z.P.O.).

§ 52. Inhaber-, Legitimations- und Orderpapiere.

I. Inhaberpapiere.

1. Nach § 795 B.G.B. dürfen Inhaberpapiere nur mit Genehmigung der Zentralbehörde eines Bundesstaats in den Verkehr gebracht werden; eine ohne solche Genehmigung in den Verkehr gebrachte Schuldverschreibung ist nichtig.

Zuständig ist für die Erteilung der Genehmigung der Senat (§ 27 A.G. z. B.G.B.).

2. Art. 100 und 101 E.G. z. B.G.B. lassen für Schuldverschreibungen auf den Inhaber, die der Bundesstaat oder eine ihm angehörende Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechts ausstellt, landesrechtliche Vorschriften zu, wonach:

a) die Gültigkeit der Unterzeichnung von der Beobachtung einer besonderen Form abhängt, auch wenn eine solche Bestimmung in die Urkunde nicht aufgenommen ist;

b) der im § 804 Abs. 1 B.G.B. bezeichnete Anspruch bei Verlust oder Vernichtung eines Zins- oder Rentenscheines ausgeschlossen ist, auch wenn die Ausschließung in dem Zins- oder Rentenscheine nicht bestimmt ist;

c) der Aussteller abweichend von § 806 Satz 2 B.G.B. verpflichtet wird, die von ihm ausgestellten Schuldverschreibungen auf den Inhaber auf einen Berechtigten umzuschreiben, und durch welche die sich aus der Umschreibung ergebenden Rechtsverhältnisse geregelt werden.

Ferner kann

d) für das Aufgebotsverfahren bez. solcher Schuldverschreibungen ein bestimmtes Amtsgericht für ausschließlich zuständig erklärt werden (§ 1006 Abs. 3 Z.P.O.).

Von diesen Vorbehalten hat Hamburg einen Gebrauch nicht gemacht, auch bestehen diesbezügliche Vorschriften aus früherer Zeit nicht.

3. Nach § 367 H.G.B. gilt der gute Glaube eines Kaufmanns, der Bankier- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, bei einer an ihn erfolgenden Veräußerung oder Verpfändung

14) Vgl. §§ 850—852 Z.P.O.; Seuff. Arch. 54 Nr. 211; Gaupp-Stein, Z.P.O. II zu § 851 III.

eines Inhaberpapiers als ausgeschlossen, wenn zur Zeit der Veräußerung oder Verpfändung der Verlust des Papiers von einer öffentlichen Behörde oder von dem aus der Urkunde Verpflichteten im „Reichsanzeiger" bekannt gemacht und seit dem Ablaufe des Jahres, in welchem die Veröffentlichung erfolgt ist, nicht mehr als ein Jahr verstrichen war.

Anträge auf Erlaß einer solchen Bekanntmachung sind in der Stadt Hamburg an die Polizeibehörde zu richten,[1] die denselben auf Kosten der Antragsteller nachkommen muß,[2] wenn glaubhaft gemacht wird, daß das Papier dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen ist (§ 3 A.G. z. H.G.B.).

4. Staatsschuldverschreibungen auf den Inhaber.

a) Nach § 1009 Abs. 3 Satz 2 Z.P.O. kann bei Schuldverschreibungen, die von einem Bundesstaate ausgegeben sind, landesgesetzlich die Veröffentlichung des Aufgebotes zum Zwecke der Kraftloserklärung durch bestimmte Blätter vorgeschrieben werden. Dies ist für Hamburg nicht geschehen.

b) Nach § 7 A.G. z. Z.P.O. vom 22. Dezember 1899 hat die Finanzdeputation

α) ein Verzeichnis dieser für kraftlos erklärten Schuldverschreibungen oder, bez. deren ein Aufgebotsverfahren oder eine Zahlungssperre schwebt, in der Börse anzuheften;

β) alljährlich durch Einrückung in zwei Hamburgische Blätter bekannt zu machen, welche dieser Papiere im Laufe des vorhergehenden Jahres für kraftlos erklärt sind und hinsichtlich welcher das Aufgebot oder die Zahlungssperre angeordnet ist.

Eine rechtliche Bedeutung hat diese Verpflichtung für die Kraftloserklärung selbst nicht.

c) Von der Befugnis des Art. 98 E.G. z. B.G.B., Vorschriften über die Rückzahlung oder Umwandlung verzinslicher Inhaber- oder Buchstaatsschuldverschreibungen zu treffen, hat Hamburg keinen Gebrauch gemacht.

---

1) Im Gebiet der Landherrnschaften der Geest- und Marschlande sind sie an diese, in Ritzebüttel an den Amtsverwalter, in Bergedorf an den Bürgermeister von Bergedorf zu richten.

2) Über einen etwaigen Anspruch des redlichen Erwerbers oder Verlierers gegen die Behörde auf Rücknahme der Bekanntmachung s. Staub Anm. 5 zu § 367 und Wulff III S. 135 Anm. 5. Ein solcher Anspruch mag de lege ferenda wünschenswert sein, aus dem bestehenden Gesetz läßt er sich nicht ableiten.

II. Legitimationspapiere oder hinkende Inhaberpapiere sind solche Urkunden, in denen der Gläubiger benannt ist, welche aber dem Inhaber kein Gläubigerrecht, dagegen dem Aussteller ein Recht gewähren, dem Präsentanten des Papieres zu leisten, ohne verpflichtet zu sein, dessen Legitimation zu prüfen.[3]

1. Für Hamburg kommen als Legitimationspapiere besonders in Betracht: Sparkassenbücher,[4] Versiche-

---

3) Vgl. Dernburg II 1 § 153.

4) Nach Art. 99 E.G. z. B.G.B. bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über die öffentlichen Sparkassen, unbeschadet des § 808 B.G.B. und der Vorschriften über die Anlegung von Mündelgeld. In Hamburg bestehen gesetzliche Vorschriften über die Sparkassen nicht. Ein Versuch, den Begriff der Sparkasse landesrechtlich zu regeln (s. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1903 S. 162) ist gescheitert. Nur hinsichtlich der Anlegung von Mündelgeld bei öffentlichen Sparkassen sind Vorschriften getroffen worden (s. § 142 II).

Die beiden Hamburger Sparkassen, welche zur Anlegung von Mündelgeld für zuständig erklärt worden sind, diejenige von 1827 und die Neue Sparkasse in Hamburg (deren Organisation auf S. 143 ff. dargestellt ist), sind öffentliche Sparkassen im Sinne des B.G.B. (siehe S. 143) und geben auf den vom Einleger genannten Namen geschriebene Sparkassenbücher aus, welche als Legitimationspapiere anzusehen sind (Beibl. 1902 Nr. 100). Denn nach ihren Statuten (Art. 7 der Sparkasse von 1827 und Art. 11, 12 der Neuen Sparkasse) kann nur derjenige der Kasse gegenüber die Gläubigerrechte aus dem Buch geltend machen, auf dessen Namen die Einzahlung beschafft worden ist, wobei freilich die Kasse sich das Recht vorbehalten hat, den Vorzeiger des Buches ohne weitere Legitimation als Gläubiger zu behandeln, es sei denn, daß bei den unveräußerlichen Büchern der Verlust der Kasse vorher, bei der Sparkasse von 1827 „schriftlich", angezeigt ist. Wesentlich ist, daß der Inhaber als solcher kein selbständiges Recht hat, als Gläubiger aufzutreten. Vor einer im Jahre 1900 erfolgten Änderung des Statuts der Sparkasse von 1827 gewährte der Besitz des Sparkassenbuches ein solches selbständiges Recht, auch wenn der Name auf dasselbe geschrieben war (Beibl. 1883 Nr. 124, 1885 Nr. 31, 1902 Nr. 100; dagegen für die Neue Sparkasse Beibl. 1891 Nr. 80). Die Bücher der Neuen Sparkasse sind unveräußerlich, während die Sparkasse von 1827 unveräußerliche, aber mit Genehmigung des Hauptbureaus übertragbare, und solche Bücher ausgibt, welche ohne Genehmigung der Kasse veräußert werden dürfen. Beide Institute geben auf höchstens 25 bezw. 30 Jahre gesperrte Sparkassenbücher aus. Bei der Neuen Sparkasse ist der Gesamtbetrag der Jahreseinlagen, abgesehen von Mündel-, Stiftungsvermögen, Testamentsverwaltungen usw., auf 4000 Mk. festgesetzt. Besondere Vorschriften bestehen über die Kündigung der Darlehen. Ohne Kündigung werden bei beiden Kassen Beträge bis zu 100 Mk. an einem Tage, jedoch nicht mehr als 200 Mk. per Woche ausbezahlt, aber nur auf unveräußerliche Bücher. Die Annahme einer Kündigung enthält keine Anerkennung der Richtigkeit des Guthabens.

Für den Fall des Verlustes eines veräußerlichen Buches ist bei der Sparkasse von 1827 die Anordnung des Aufgebotsverfahrens angeordnet, doch können auch ohne Kraftloserklärung Zahlungen bis 100 Mk., größere mit Zustimmung der Direktorialversammlung auf abhanden gekommene Bücher gemacht werden; bei unveräußerlichen Büchern wird nach Ablauf von

rungspolicen, Lombardzettel,[5] Schecks, wenn sie, wie üblich, auf den Namen „oder Überbringer" lauten, Depotscheine.

2. Nach Art. 102 Abs. 2 E.G. z. B.G.B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche für die Kraftloserklärung dieser Legitimationspapiere ein anderes Verfahren als das Aufgebotsverfahren bestimmen. Von diesem Vorbehalte hat Hamburg einen Gebrauch nicht gemacht.[6]

3. Dagegen hat gemäß §§ 1023 Z.P.O., 4 A.G. z. Z.P.O. die Veröffentlichung des Aufgebots hinsichtlich der Legitimationspapiere, des wesentlichen Inhalts des Ausschlußurteils und des eine Kraftloserklärung aufhebenden Urteils, sowie der Zahlungssperre und der Aufhebung der Zahlungssperre durch einmalige Einrückung in das für amtliche Bekanntmachungen des Gerichts bestimmte Blatt zu erfolgen.

---

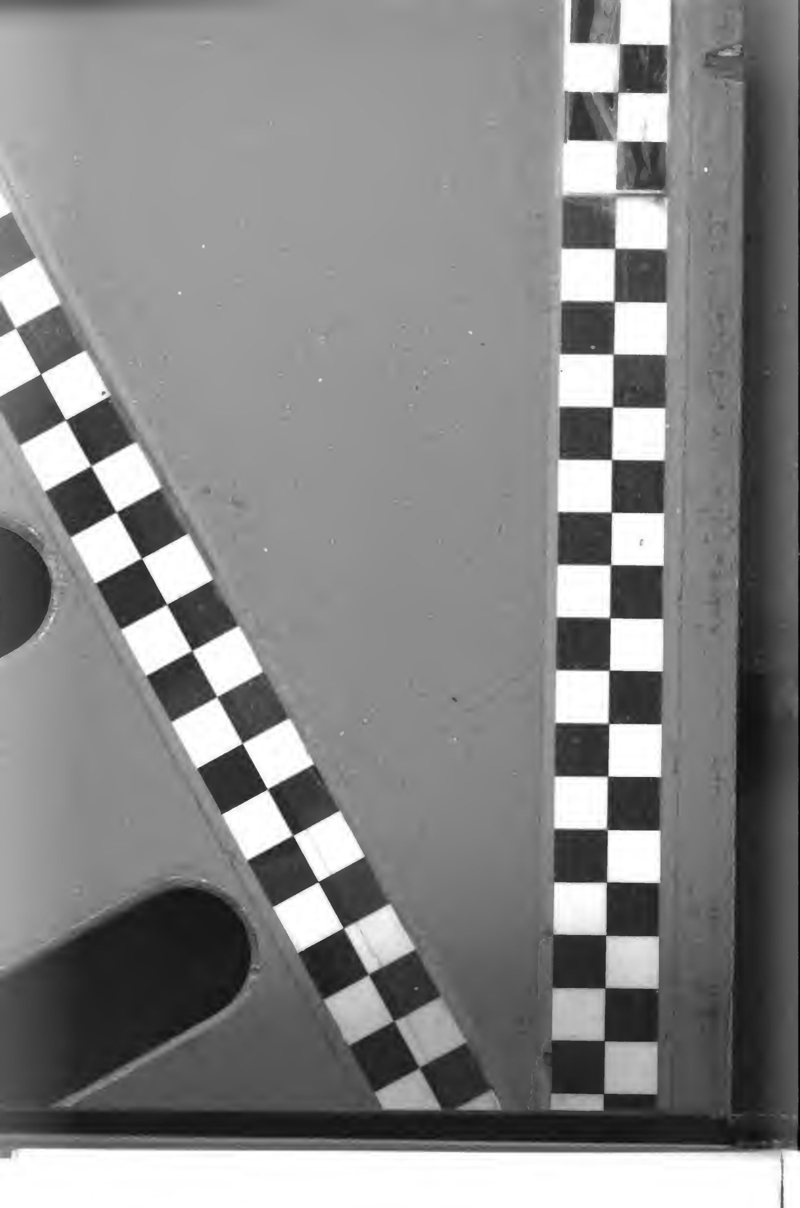
3 Monaten und Glaubhaftmachung des Verlustes ein neues Buch ausgestellt. Die Neue Sparkasse überläßt es der Direktion bei Verlust eines Buches die Auszahlung eines Betrages oder etwaige gerichtliche oder außergerichtliche Schritte zu veranlassen.

Der Zinsenlauf, bei dem der auf Pfennige lautende Betrag des Kapitals nicht berücksichtigt wird, beginnt bei beiden Instituten mit dem ersten Tage des auf die Einzahlung folgenden Monats; nach Schluß jedes Jahres werden die Zinsen zum Kapital geschlagen. Bei der Sparkasse von 1827 erfolgt die Festsetzung der Höhe des Zinsfußes nach den Vorschriften über die Satzungsänderung, bedarf also der Genehmigung des Senats, bei der Neuen Sparkasse genügt ein Beschluß der Direktorialversammlung. Der Zinsenlauf hört am letzten Tage des der Auszahlung vorhergehenden Monats auf. Er hört überhaupt auf, wenn das Buch innerhalb 10 Jahren bei der Kasse nicht vorgezeigt ist.

Wird bei beiden Sparkassen ein Buch während 30 Jahren nicht vorgezeigt, so erlischt jeder Anspruch des Gläubigers aus demselben an Kapital und Zinsen zugunsten der Kasse (Art. 10 der Satz. der Spark. von 1827, Art. 15 der Satz. der Neuen Sparkasse). Doch ist bei der Sparkasse von 1827 die Direktorialversammlung befugt, das Guthaben auch nachträglich noch auszahlen zu lassen. Das Erlöschen des Rechts ist die Folge einer „Verjährung", auf welche im allgemeinen die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Verjährung Anwendung finden. Durch Erhebung der Klage dürfte z. B. die Verjährung ebenso unterbrochen werden wie durch Vorzeigung des Buches bei der Kasse.

5) Dagegen ist der Pfandschein des privaten Pfandleihers kein Inhaberpapier; vgl. § 108 III 2 b.

6) Demgemäß hat Hamburg auch von der Ermächtigung des § 11 E.G. z. Z.P.O. (in der Fassung des Gesetzes vom 17. Mai 1898) einen Gebrauch nicht gemacht. Auch die Vorschrift des Art. 102 Abs. 1 E.G. z. B.G.B. bez. der Kraftloserklärung und der Zahlungssperre der im § 807 B.G.B. genannten Legitimationszeichen ohne benannten Gläubiger ist für Hamburg ohne Bedeutung.



Weitere Veröffentlichungen müssen erfolgen,

a) falls das Gericht sie anordnet, was in seinem freien Belieben steht;

b) bez. des Aufgebots und der Zahlungssperre durch Anheftung an die Gerichtstafel und bei den vom Amtsgericht Hamburg ausgehenden Bekanntmachungen durch Anheftung in der Börse;

c) falls in der Urkunde vermerkt ist, daß die öffentliche Bekanntmachung durch bestimmte andere Blätter zu erfolgen habe, auch durch Einrückung in diese (§ 1009 Abs. 3 Z.P.O.).

Die Aufgebotsfrist muß mindestens drei[7] Monate betragen. Sie beginnt, falls eine Bekanntmachung durch den „Reichsanzeiger" nicht erfolgt, mit der ersten Einrückung in das für amtliche Bekanntmachungen bestimmte Blatt, andernfalls mit der Bekanntmachung im „Reichsanzeiger".[8]

III. Orderpapiere.

Von den Orderpapieren unterliegen einzelnen landesrechtlichen Vorschriften die Wechsel und die Lagerscheine. Die wechselrechtlichen Vorschriften werden im folgenden Paragraphen behandelt werden.

1. Nach Art. 16 E.G. z. H.G.B. bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über Lagerscheine und Lagerpfandscheine, die Vorschriften über Lagerscheine jedoch nur insoweit, als sie den § 363 Abs. 2 und die §§ 364, 365, 424 H.G.B. ergänzen. In Hamburg besteht eine gesetzliche Regelung des Instituts der Lagerscheine nicht.[9]

2. Nach § 363 Abs. 2 B.G.B. sind an Order gestellte Lagerscheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten indossabel. Zuständig für die Erteilung der staatlichen Genehmigung ist der Senat (§ 2 A.G. z. H.G.B.).[10] Nur auf die mit Senatsgenehmigung ausgegebenen Lagerscheine beziehen sich die Bestimmungen des H.G.B. über die Indossabilität (§ 364 H.G.B.), die Kraftloserklärung im Aufgebotsverfahren (§ 365 H.G.B.)

7) Abweichung von § 1015 Z.P.O., beruht ebenfalls auf § 1023 Z.P.O.

8) Ist in der Urkunde eine Verfallzeit angegeben, welche in diesem Zeitpunkt noch nicht eingetreten ist, so ist der Aufgebotstermin so zu bestimmen, daß seit dem Verfalltage 6 Monate abgelaufen sind (§ 1014 Z.P.O.).

9) Irrtümlich zählen Düringer-Hachenburg, H.G.B. II S. 444 Anm. VI d, Hamburg zu den Staaten, in denen eine solche Regelung erfolgt sei.

10) Die Ermächtigung ist bisher lediglich der Freihafen-Lagerhausgesellschaft erteilt worden (Wulff III S. 134 Anm. 6).

und die dinglichen Wirkungen des Lagerscheins (§ 424 H.G.B.). Eine Indossierung anderer Lagerscheine[11] hat nur die Bedeutung einer Zession, der Übergang des Eigentums an Gütern, die auf andere Lagerscheine eingelagert sind, bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften des Privatrechts.

§ 53. Wechselforderungen.

I. Die landesgesetzlichen Vorschriften zur Ausführung der Deutschen Wechselordnung sind, abgesehen von den Vorschriften über kaufmännische Anweisungen, neben dem Reichsrecht insoweit aufrechterhalten, als sie durch das Bundesgesetz vom 5. Juni 1869, welches die Wechselordnung zum Bundesgesetz erklärte, aufrechterhalten sind (Art.21 E.G. z. H.G.B.). Dieses Gesetz hat aufrechterhalten (§§ 2, 3 des Gesetzes):

1. die §§ 5—7 der Hamburger Ver. vom 5. März 1849 betr. Einführung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung in Hamburg und die entsprechenden §§ 8—10 der preußischen Ver. vom 13. Mai 1867 betr. die Einführung der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung in die Herzogtümer Holstein und Schleswig;

2. diejenigen landesgesetzlichen Vorschriften, welche eine Ergänzung und nicht eine Abänderung einer Bestimmung der Wechselordnung enthalten.

Als solche landesgesetzliche Vorschrift kommt für Hamburg nur die bereits erwähnte Ver. vom 5. März 1849[1] in Betracht. Abgesehen von den §§ 5—7 ist jede Vorschrift nach der Richtung zu prüfen, ob sie eine Ergänzung oder eine Abänderung der W.O. enthält.

---

11) Die Zulässigkeit der Ausstellung von Inhaberlagerscheinen ist bestritten, aber von der Hamburger Praxis (Beibl. 1904 Nr. 85), sowie auch vom Reichsgericht (Entsch. 59 S. 374; Jur. Wochenschr. 1905 S. 158) mit Recht anerkannt worden. Die namentlich von Staub (II S. 1502) aus dem Verbot der Ausstellung von Order-Lagerscheinen seitens nicht konzessionierter Lagerhalter gezogene Folgerung, daß Inhaberlagerscheine um so weniger zulässig seien, ist unzutreffend, da Inhaber- und Orderpapiere zwei verschiedene Rechtsinstitute sind, welche unter verschiedenen Regeln stehen. Bez. der Literatur vgl. Beibl. 1904 Nr. 85.

1) Vgl. Wulff III S. 162. § 4 ist durch Ges. v. 26. Juni 1885 neu gefaßt worden. Die §§ 2, 3 und 12 Abs. 2 der Ver. enthalten prozessuale Vorschriften und sind durch die Reichsjustizgesetze beseitigt worden. § 9, welcher über den Zahlungstag eines in Hamburger Banko zahlbaren Wechsels handelt, ist dadurch antiquiert, daß solche Wechsel nicht mehr vorkommen. Die §§ 11 und 12 enthalten Vorschriften über den Handel mit Wechseln, z. B. über die Verpflichtung zur Angabe der Eigenschaft eines Wechsels als „eigenen" beim

II. Erfordernisse des Wechsels.

Eine in einen Wechsel aufgenommene Pfandverschreibung ist nach § 13 der Ver. wirkungslos. Diese Vorschrift dürfte aber rechtliche Geltung insofern nicht mehr besitzen, als eine Pfandverschreibung in wechselrechtlicher Beziehung nach Art. 4 W.O. unzulässig, in zivilrechtlicher Beziehung nach dem B.G.B. wirkungslos ist.

III. Zahlung des Wechsels.

1. Falls ein Wechsel auf eine am Zahlungsorte nicht im Umlauf befindliche Münzsorte lautet, kann die Wechselsumme nach ihrem Werte zur Verfallzeit in der Landesmünze gezahlt werden, sofern nicht der Aussteller durch den Gebrauch des Wortes „effektiv" oder eines ähnlichen Zusatzes die Zahlung in der fremden Münzsorte ausdrücklich bestimmt hat (Art. 37 W.O.). Der Schuldner hat in letzterem Falle die Wahl, ob er in der fremden oder in der Reichsmünze zahlen will.

Wählt er die zweite Alternative, so ist nach § 4 der Ver. vom 5. März 1849 der Wert zur Verfallzeit nach dem zu dieser Zeit notierten Sichtkurs, oder wenn solche Notierung nicht stattfindet, nach dem notierten kurzen Kurs bezw. dem sonst geltenden kurzen Kurs auf den hauptsächlichsten Wechselplatz des Landes, welchem jene Münze angehört, zu berechnen.

Die Zulässigkeit dieser Vorschrift als einer die Wechselordnung ergänzenden ist nicht zu beanstanden. Denn der Wert der geschuldeten Summe bestimmt sich danach, was der Gläubiger aufwenden muß, um seinerseits in der kürzesten Frist in den Besitz der fremden Münzsorte, auf welche der Wechsel lautet und in welcher der Schuldner nicht hat zahlen wollen, zu gelangen. Dies ist aber, sofern auf einen Wechselplatz desjenigen Landes, in dessen Münze der Wechsel zu zahlen ist, der Sichtkurs notiert wird, der unter Zugrundelegung dieses Kurses berechnete Betrag. Wird ein Sichtkurs nicht notiert, so entspricht es schon der

---

Verkauf eines solchen, und über die Zahlungszeit bei der Diskontierung von Wechseln. Mit Wulff (III S. 166 Anm. 5) ist anzunehmen, daß diese Bestimmungen beseitigt sind, da sie keine wechselrechtliche, sondern privatrechtliche Bedeutung haben, mögen sie auch formell sich in der Ver. betr. die Einführung der W.O. befinden; letzteres kann nicht maßgebend sein, sondern nur der Charakter der betr. Vorschrift. Demnach entscheiden hierüber jetzt die Bestimmungen des B.G.B. betr. den Kauf.

Usance, einen solchen Kurs nicht durch Sachverständige besonders feststellen zu lassen, sondern den notierten kurzen Kurs zu wählen.[2]

2. Der Wechselschuldner braucht nur gegen Aushändigung des quittierten Wechsels zu zahlen (Art. 39 W.O.). Bei in Banko zahlbaren Wechseln soll die auf den Wechsel gesetzte Anweisung, an welches Bankkonto der Betrag abgeschrieben werden soll (Bank-Indorso), die Stelle der Quittung vertreten (§ 5 Ver. vom 5. März 1849). Diese formell aufrechterhaltene Vorschrift ist dadurch antiquiert, daß in Banko zahlbare Wechsel nicht mehr vorkommen. Eine Ausdehnung der Vorschrift auf das Bank-Indorso anderer Wechsel erscheint nach dem Wortlaut des § 5 nicht zulässig.

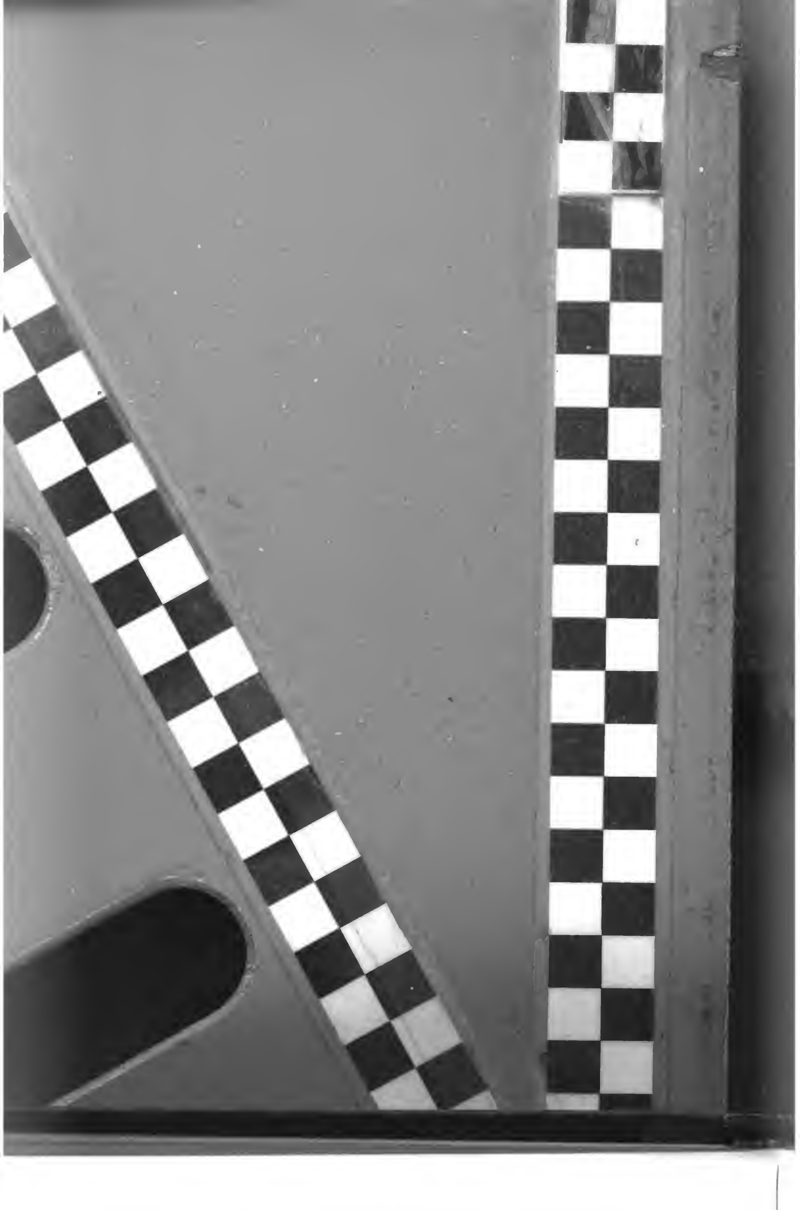
3. Den Zahlungsort betreffen zwei mit Rücksicht auf den Nachbarverkehr von Hamburg-Altona getroffene Bestimmungen der Ver. vom 5. März 1849, welche sich entsprechend auch in der preußischen Ver. vom 13. Mai 1867 betr. die Einführung der W.O. in die Herzogtümer Holstein und Schleswig befinden. Hamburg und Altona gelten hiernach als derselbe Ort:

a) hinsichtlich der auf Altona, zahlbar Hamburg, oder auf Hamburg, zahlbar Altona, gezogenen Wechsel. Ein solcher Wechsel ist, falls nicht ein bestimmter Domiziliat darauf benannt ist, welcher in Hamburg bezw. Altona wohnt oder eine geschäftliche Niederlassung hat, kein Domizilwechsel. Er ist also nicht nach Art. 43 W.O. an dem Orte, auf den er als „zahlbar" gestellt ist, sondern an dem Orte, auf den er gezogen ist, zur Zahlung zu präsentieren (§§ 6 Ver. vom 5. März 1869, 9 Ver. vom 13. Mai 1867).

b) hinsichtlich der auf dem Wechsel befindlichen Notadressen. Befinden sich auf einem Hamburger Wechsel Altonaer oder auf einem Altonaer Wechsel Hamburger Notadressen, so muß gemäß Art. 56 W.O. für die Erhaltung des Rechts auf Sicherstellung oder gemäß Art. 62 W.O. für die Erhaltung des Regresses die Annahme bezw. Zahlung des Wechsels von diesen sämtlichen Notadressen verlangt werden (§§ 7 Ver. vom 5. März 1869, 10 Ver. vom 13. Mai 1867).

---

2) Vgl. im übrigen Wulff III S. 164 Anm. 2, 3. Die dort behandelten Bedenken gegen die Zulässigkeit der Vorschrift des § 4 erledigen sich auch schon von dem prinzipiellen Standpunkt, daß über die Berechnung des Wertes der Summe die Usance entscheidet und diese der durch § 4 getroffenen Regelung entspricht, die auch in jeder Beziehung die sachgemäßeste ist.



4. Die Ehrenzahlung setzt voraus, daß der Wechsel Not leidet und dies durch Protest festgestellt ist (Art. 62, 63 W.O.). Daher ist die Vorschrift des § 8 der Ver., daß derjenige, welcher als Intervenient schon vor erhobenem Proteste zahlt, die Rechte erlangt, welche nach Art. 63 W.O. dem Ehrenzahler, der den Wechsel eingelöst hat, zustehen, beseitigt. Sie bildet keine Ergänzung der W.O., sondern eine Abänderung derselben, da sie mit einem Hauptprinzip der W.O. im Widerspruch steht.[3]

IV. Der Wechselprotest.

1. Wechselproteste müssen durch einen Notar oder einen Gerichtsbeamten aufgenommen werden (Art. 87 W.O.).

Für Hamburg sind im allgemeinen nur die Notare zur Erhebung von Protesten zuständig, in Ritzebüttel und Bergedorf auch die Gerichtsvollzieher (§ 4 Gesetz vom 29. Dezember 1899 betr. das Gerichtsvollzieherwesen).

2. Der Protest darf nur bis 7 Uhr abends erhoben werden (§ 10 Ver. vom 5. März 1849). Der Beginn der Protestzeit ist nicht bestimmt, doch wird man als solchen wohl den Beginn der üblichen Geschäftszeit, für Hamburg 9 Uhr vormittags, anzunehmen haben.[4] Die Protesterhebung zu andern Stunden bedarf der ausdrücklichen Zustimmung des Protestaten; diese Zustimmung ist durch die Protesturkunde festzustellen.

Die landesgesetzliche Anordnung von Proteststunden ist zulässig, da dieselbe nur eine Ergänzung der Vorschriften der W.O. enthält.[5]

---

3) So auch Bernstein, W.O. S. 253; Wulff III S. 165 Anm. 5; Rehbein Anm. 4 zu Art. 62—65 W.O. A. M. Gelpcke in Siebenhaars Arch. für Wechselrecht II S. 69 ff. Dafür, daß eine Intervention das durch Protest festgestellte Notleiden des Wechsels voraussetzt, vgl. Dernburg II 2 S. 356; Thöl, Handelsrecht II S. 567 ff.

4) Staub, W.O. (§ 11 zu Art. 41 und § 4 f zu Art. 92) will die achte Tagesstunde als maßgeblich ansehen. Doch trifft dies für Hamburg nicht zu, wie ja auch für ganz Preußen nach dem Ges. v. 1. Juni 1904 die Protestzeit erst um 9 Uhr beginnt. Mit Wulff (III S. 166 Anm. 3) einen Unterschied für Handelsgeschäfte und für andere Rechtsgeschäfte zu machen (so auch Bernstein, W.O. S. 198), erscheint nicht zutreffend, da man in Wechselsachen im Zweifel allgemein die Gebräuche des Handels für maßgebend zu erachten hat.

5) Vgl. Entsch. des R.O.H.G. 17 S. 55; Pappenheim in Goldschm. Zeitschr. 34 S. 436; Rehbein Anm. 1 zu Art. 91—93 W.O.; Staub § 11 zu Art. 41 W.O.; Bernstein S. 198; Dernburg II 2 S. 284. A. M. Thöl, Wechselrecht S. 196.

3. Während die Urschriften der notariellen Urkunden, soweit dieselben in der Form eines Protokolls aufgenommen werden, regelmäßig in der Verwahrung des Notars verbleiben, werden die Wechselproteste den Auftraggebern in Urschrift ausgehändigt (§ 39 Gesetz betr. das Notariat).

4. Wechselproteste sind in ein besonderes Register einzutragen (Art. 90 W.O.), nicht in das allgemeine Notariatsregister aufzunehmen (§ 43 Gesetz betr. das Notariat).

5. Die Stempelabgabe für den Wechselprotest beträgt 2,50 Mk.[6]

Bez. der Gebühren s. § 16 Gebührenordnung für Notare vom 29. Dezember 1899[7] und § 19 Gesetz betr. das Gerichtsvollzieherwesen vom 29. Dezember 1899.

§ 54. Staatsschulden.[1]

I. Das B.G.B. privilegiert an mehreren Stellen[2] die Buchforderungen gegen das Reich oder einen Bundesstaat vor anderen Forderungen. Es macht aber die Einrichtung eines Staatsschuldbuches für die Bundesstaaten nicht obligatorisch. Vielmehr läßt es die diesbezüglichen Vorschriften der Landesgesetze, soweit sie die Eintragung von Staatsgläubigern in das Staatsschuldbuch und die aus der Eintragung sich ergebenden Rechtsverhältnisse, insbesondere die Übertragung und Belastung einer Buchforderung regeln, unberührt (Art. 97 E.G. z. B.G.B.). Über eine das Recht der Ehefrau betreffende besondere Bestimmung s. unter IV 1 f.

In Hamburg war früher die Umschreibung der meisten Staatsschuldverschreibungen durch die Staatsschuldenverwaltung auf den Namen eines bestimmten Berechtigten zulässig. Dieselbe sicherte den Gläubiger indessen nicht auch gegen den Verlust der Zinsscheine. Infolgedessen schuf man das Gesetz vom 14. April 1902 betr. das Hamburgische Staatsschuldbuch,[3] welches auch eine Sicherung gegen die Ge-

6) Vgl. Stempeltarif zum Ges. betr. die Stempelabgabe v. 11. Dezember 1903.
7) Vgl. Wulff III S. 375. Vgl. dazu Entsch. des R.G. 32 S. 212.

1) Vgl. auch § 52 I 4.
2) Vgl. §§ 232, 236, 1393, 1667, 1807, 1815, 1853, 2117, 2118 B.G.B.
3) Vgl. Ges.Samml. 1902 I S. 20; Wulff III S. 79; dazu die Ausführungsbest. der Finanzdeputation v. 5. Sept. 1902 (Ges.Samml. 1902 II

fahr des Verlustes von Zinsscheinen gewährt. Die Umschreibung der Staatsschuldverschreibungen vom Inhaber auf den Namen oder von einem Namen auf den andern ist seither insoweit beseitigt, als die Forderungen buchungsfähig sind (§ 21 des Ges.).

II. Die Eintragung in das Staatsschuldbuch.

1. Buchungsfähig sind alle Schuldverschreibungen des Hamburgischen Staats, ausgenommen die Kammerbriefe,[4] Braupfannenbriefe,[5] immerwährenden Renten,[6] Kornrentenbriefe[7] und die 3 % Prämienanleihe von 1866 (§ 1 Ges.).

Doch müssen die zur Eintragung eingelieferten Schuldverschreibungen zum Umlauf brauchbar sein, d. h. sie dürfen nicht erheblich beschädigt, nicht für kraftlos erklärt sein, sich nicht im Aufgebotsverfahren oder einer Zahlungssperre befinden und nicht mit Beschlag belegt sein (§ 2 Ges.).[8]

2. Antragsberechtigt hinsichtlich der Eintragung ist bei Inhaberpapieren der Inhaber, bei Papieren, die auf den Namen geschrieben sind, der sich hieraus ergebende Berechtigte (§ 3 Ges.).

Fähig den Antrag als Gläubiger zu stellen sind nur (§ 4 Ges.):

a) einzelne natürliche Personen;

b) einzelne Handelsfirmen;

c) einzelne eingetragene Genossenschaften, eingeschriebene Hilfskassen und juristische Personen;

S. 97). Das Gesetz ist im wesentlichen dem entsprechenden preußischen Gesetz v. 20. Juli 1883, dem Reichsgesetz v. 31. Mai 1891 und dem Bremischen Gesetz v. 2. Dezember 1898 nachgebildet worden.

4) Kammerbriefe sind die alten, aus dem 16. bis 18. Jahrhundert stammenden Schuldverschreibungen der Kämmerei, und zwar im Gegensatz zu den heutigen Partialobligationen nicht Stücke einer größeren Anleihe, sondern ganz gewöhnliche Schuldurkunden (Wulff III S. 79 Anm. 5).

5) Braupfannenbriefe sind Stadtobligationen für den taxierten Wert von Braupfannen, welche im Jahre 1620 aus den Brauerben der Kämmerei übergeben wurden, um Geschütze für die Hamburgischen Festungswerke daraus zu gießen (Buek, Hamburgs Verfassung und Verwaltung S. 491).

6) Vgl. § 102 I.

7) Kornrentenbriefe sind Dokumente aus dem 17. Jahrh., worin die Stadt versprochen hat, als Entschädigung für zu Fortifikationszwecken abgetretene Ländereien alljährlich gewisse Quantitäten Korn als Zinse zu liefern. Dafür wird jetzt am ersten und zweiten Sonntag im November der laufende Marktpreis bar bezahlt (Buek a. a. O. S. 490).

8) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1901 S. 483; Aussch.Ber. der Bürg. 1902 Nr. 2 S. 2; Ausführungsbest. Art. 1 Ziff. 4.

d) einzelne Vermögensmassen, wie Stiftungen, Anstalten, Familienfideikommisse.

3. Die Eintragung erfolgt auf schriftlichen Antrag[9] [10] in das bei der Staatsschuldenverwaltung geführte Staatsschuldbuch[11] auf den Namen des in dem Antrag benannten Gläubigers (§§ 2, 4 Ges.).

III. Die Wirkung der Eintragung in das Staatsschuldbuch ist diejenige einer Novation, die Forderung aus der Schuldverschreibung als solche erlischt und verwandelt sich in eine von dem Besitz der Schuldverschreibung völlig losgelöste Buchforderung (§ 5 Ges.).

Nicht völlig ist diese Wirkung bei den der Zwangsamortisation unterliegenden Schuldverschreibungen. Bei diesen bleibt die Nummer der Schuldverschreibung in der Eintragung erhalten und tritt diese Eintragung bez. der Amortisation an die Stelle der Schuldverschreibung.

IV. Rechte an den eingetragenen Forderungen.

1. Der aus der Eintragung sich ergebende Gläubiger, sein Vertreter[12] oder Erbe[13] kann die Forderung durch Zuschreibung erhöhen, ganz oder teilweise übertragen oder löschen, oder sonstige Veränderungen an dem Schuldverhältnisse eintragen lassen (§ 6 Ges.).

a) Verfügungen über Teile der Buchforderungen sind nur zulässig, wenn die Teilbeträge mit den Beträgen einer oder mehrerer der eingelieferten Schuldverschreibungen übereinstimmen.

---

9) Schriftlichkeit genügt für den Antrag auf Eintragung sowie für den gleichzeitigen Vermerk einer Beschränkung des Gläubigers und zur gleichzeitigen Erteilung einer Vollmacht. In allen andern Fällen ist gerichtliche oder notarielle Aufnahme oder Beglaubigung erforderlich (§ 10 Ges.). In Hamburg ist aber nur der Notar für die Aufnahme solcher Urkunden zuständig. § 10 dieses Ges. hat das Prinzip des § 9 Hamb. F.G.G. nicht durchbrochen; soweit hier „gerichtliche" Aufnahme oder Beglaubigung gefordert wird, hat damit gesagt sein sollen, daß eine etwa außerhalb Hamburgs von einem Gericht zuständigermaßen erfolgte Aufnahme genügt (Wulff III S. 223 Anm. 8). Anträge öffentlicher Behörden bedürfen keiner Beglaubigung (§ 12 Abs. 3 Ges.).

10) Bez. der Gebühren vgl. § 19 Ges., bez. der Reihenfolge der Erledigung der Anträge §§ 8, 20 Ges.

11) Auskunft über den Inhalt des Buches darf nur dem eingetragenen Gläubiger und seinen Vertretern oder Rechtsnachfolgern, sowie unter gewissen Umständen Behörden und sonstigen Personen erteilt werden (§ 2 Ges.).

12) Vollmachten bedürfen, falls sie nicht gleichzeitig mit dem Antrag auf Eintragung erteilt werden, der gerichtlichen oder notariellen Form. Zum Widerruf einer Vollmacht genügt schriftliche Form (§ 12 Ges.).

13) Erben haben sich durch einen Erbschein bezw. eine vom Nachlaßgericht auszustellende Bescheinigung, daß sie über die Forderung verfügen dürfen, auszuweisen (§ 11 Ges.).

b) Pfändungen und vorläufige Beschlagnahmen der eingetragenen Forderungen erfolgen nach den Vorschriften der Z.P.O. (§§ 828 ff.). Sie sind aber im Buche von Amts wegen zu vermerken. Doch hat dieser Vermerk nur deklaratorische Bedeutung und ist ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Pfändung (§ 7 Ges.).

c) Verfügungen über eingetragene Forderungen, wie Abtretungen und Verpfändungen, erfolgen durch Eintragung im Schuldbuche. Nicht nur dem Staate gegenüber, sondern auch unter den Parteien wird die Verfügung erst durch die Eintragung wirksam (§ 7 Ges.). Die Eintragung findet ohne Nachprüfung der materiellen Unterlagen statt.

d) Im Falle der Löschung einer Forderung wird ein dem bei der Eintragung eingelieferten gleicher Betrag an gleichartigen Schuldverschreibungen auf den Inhaber ausgeliefert.[14]

e) Vermerke zugunsten Dritter dürfen nur mit deren Zustimmung gelöscht werden, abgesehen von persönlichen unvererblichen Einschränkungen des Gläubiger- oder des Verfügungsrechts, welche durch den Tod des Berechtigten erloschen sind, z. B. eines Nießbrauchs; zur Löschung des letzteren Vermerks ist nur die Beibringung der Sterbeurkunde erforderlich (§§ 7, 12 Ges.).

f) Eine besondere Vorschrift betrifft die Verfügungsbefugnis der Ehefrau. Die Ehefrau ist der Staatsschuldenverwaltung gegenüber ohne Rücksicht auf ihren ehelichen Güterstand verfügungsberechtigt, es sei denn, daß ein Vermerk zugunsten des Ehemannes eingetragen ist. Ein solcher Vermerk ist einzutragen, wenn die Ehefrau oder mit ihrer Zustimmung der Ehemann es beantragt. Kann die Ehefrau nach ihrem Güterstande nur mit Zustimmung ihres Ehemannes über die Buchforderung verfügen, gehört die Forderung z. B. zum eingebrachten Gut des gesetzlichen Güterstandes[15] oder zum Gesamtgut oder zum eingebrachten Gut bei einem gütergemeinschaftlichen Güterstande,[16] so ist die Ehefrau dem Ehemann gegenüber zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet (§ 9 Ges.).[17]

14) Schuldverschreibungen der amortisablen Anleihen erhalten dieselben Nummern wie die seinerzeit eingelieferten Schuldverschreibungen.

15) Vgl. §§ 1383, 1081, 1395 B.G.B.

16) Vgl. §§ 1438, 1519 Abs. 2, 1525, 1549, 1550 B.G.B.

17) Das auf Klage der Frau ergehende Urteil ersetzt nach § 894 Z.P.O. die Zustimmung. Erlangt die Frau nach der Eintragung des Vermerks die

Diese auf Art. 97 Abs. 2 E.G. z. B.G.B. beruhenden Bestimmungen[18] regeln aber nur das Verhältnis gegenüber der Buchbehörde, nicht auch das materielle Recht. Ist im Widerspruch mit diesem eine Eintragung vorgenommen worden, so ist der Ehemann befugt, die Unwirksamkeit der Eintragung gegenüber der Ehefrau und dem Dritten, auf welchen die Forderung eingeschrieben ist, geltend zu machen und die dementsprechende Berichtigung des Buches zu verlangen.[19]

2. Das Recht auf die Zinsen hat derjenige, welcher am zehnten Tage des dem Fälligkeitstermine der Zinsen vorangehenden Monats eingetragener Berechtigter war, falls keine Pfändung oder sonstige Beschlagnahme vorliegt (§ 16 Ges.).

Die Zinsen werden am Fälligkeitstage oder innerhalb der voraufgehenden Woche gezahlt,[20] und zwar nach Wunsch des Berechtigten

a) in bar bei der Hauptstaatskasse gegen Quittung und genügende Legitimation;

b) durch Banküberweisung;

c) durch Postübersendung nach einem innerhalb des Deutschen Reiches belegenen Orte, aber auf Gefahr und Kosten des Berechtigten.[21]

Ins Ausland erfolgt eine Zahlung der Zinsen überhaupt nicht.

Änderungen in der Person oder der Wohnung des Zinsenempfängers sind schriftlich mitzuteilen (§ 18 Ges.).

3. Im Fall der Kündigung einer Anleihe oder der Auslosung einer eingetragenen Schuldverschreibung haben die eingetragenen Gläubiger Anspruch auf schriftliche Benachrichtigung und Auszahlung der ihnen zukommenden Beträge am Verfalltage[22] (§ 15 Ges.).

Verfügung über die Forderung, so ist der Mann verpflichtet, den Vermerk löschen zu lassen.

18) Dieselbe Vorschrift trifft Art. 50 E.G. z. B.G.B. für das Reichsschuldbuch.

19) Vgl. Planck VI Art. 97 Anm. 1.

20) Vgl. § 17 Ges., Art. 5 Ausführungsbest.

21) Vgl. zu dieser Abweichung von § 23 A.G. z. B.G.B. oben § 39 III 4.

22) Nach Art. 3 der Ausführungsbest. soll etwaige Zusendung auf Gefahr und Kosten des Berechtigten erfolgen. Diese für die Zinsen (s. vor. Anm.) im Gesetz getroffene Abweichung von § 23 A.G. z. B.G.B. ist hier nicht zulässig, da die Ausführungsver. eine Abweichung von § 23 nicht enthalten darf. Falls der Berechtigte zur Zeit der Eintragung seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung auswärts gehabt hat, muß es bei der Vorschrift des § 270 B.G.B. verbleiben, d. h. der Betrag dem Gläubiger auf Gefahr und Kosten der Staatsschuldenverwaltung übersandt werden.

V. In gewissen Fällen erfolgt eine Löschung der eingetragenen Forderungen von Amts wegen und eine Hinterlegung der fraglichen Schuldverschreibungen bei der Hinterlegungsstelle, nämlich (§ 14 Ges.)

1. bei der Beantragung der Eintragung von Verpfändungen oder sonstigen Verfügungsbeschränkungen;

2. bei Pfändung der Forderung oder einer sonstigen dieselbe betreffenden einstweiligen gerichtlichen Verfügung;

3. bei der Konkurseröffnung über das Vermögen des eingetragenen Gläubigers;

4. 10 Jahre nach dem Tode des Gläubigers, ohne daß sich ein Rechtsnachfolger legitimiert hat;

5. beim Vorliegen sonstiger gesetzlicher Gründe zur Hinterlegung.

In diesen Fällen erfolgt wieder eine Novation hinsichtlich der Forderung. Die Buchforderung erlischt und wird ersetzt durch das Recht aus den hinterlegten Schuldverschreibungen.

§ 55. Ersatzansprüche des Staates usw. für Unterhalt.

I. Nach Art. 103 E.G. z. B.G.B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, nach welchen der Staat, sowie Verbände und Anstalten, die auf Grund des öffentlichen Rechts zur Gewährung von Unterhalt verpflichtet sind, für ihre Aufwendungen einen Regreßanspruch gegen die unterhaltenen, sowie gegen die hinsichtlich dieser unterhaltspflichtigen Personen haben.

Aus den Grundsätzen des B.G.B. ergibt sich ein solcher Regreßanspruch nicht,[1] weil die Leistung infolge einer öffentlichrechtlichen Pflicht, demgemäß nicht ohne rechtlichen Grund erfolgt ist. Auch aus dem Gesichtspunkt der auftraglosen Geschäftsführung läßt er sich nicht rechtfertigen, da die Leistung keine freiwillige, sondern eine öffentlichrechtlich obligatorische ist und in erster Linie nicht dem Interesse des Unterstützten, sondern dem öffentlichen Interesse entspringt. Art. 103 E.G. gewährt dem Landesrecht die Möglichkeit, diese Lücke auszufüllen. Dies ist für Hamburg nach verschiedenen Richtungen geschehen.

II. Der Staat hat in zwei Fällen einen Regreßanspruch hinsichtlich der im Interesse von Minderjährigen gemachten Aufwendungen.

[1] Ebenso nicht aus denen des gemeinen und des früheren Hamburgischen Rechts. Vgl. Beibl. 1899 Nr. 85.

1. Nach § 13 Abs. 3 Zwangserziehungsges. kann der Staat von dem Minderjährigen und dessen unterhaltspflichtigen Angehörigen die durch die auf Grund des Hamb. Zwangserziehungsges. angeordnete Zwangserziehung entstehenden Kosten zurückfordern. Hierüber s. Näheres in § 139 V 2 c.

2. Nach § 16 Abs. 2 Fürsorgeges. kann der Staat im gleichen Umfange wie im Falle zu 1 die Erstattung der von dem Waisenhauskollegium sonst noch zur Verpflegung und Erziehung der seiner Fürsorge überwiesenen[2] Minderjährigen aufgewandten Kosten fordern. Soweit die Minderjährigen auf Grund ihrer Hilfsbedürftigkeit der öffentlichen Waisenpflege überwiesen worden sind, kommen die Vorschriften des Armengesetzes (s. unter III) in Betracht.

III. Besonders geregelt ist der Regreßanspruch des Armenverbandes, welcher eine statio fisci ist.[3] Danach ist ersatzpflichtig teils der Unterstützte selbst, teils ein Dritter.

1. Der Unterstützte muß jede ihm gewährte Unterstützung zurückerstatten, wenn er dazu ohne Beeinträchtigung des für sich und seine unterhaltsberechtigten Angehörigen nach billigem Ermessen erforderlichen Unterhaltes[4] imstande ist (§ 19 Armenges. vom 11. September 1907).[5]

Der Unterstützte hat nicht nur dasjenige zu erstatten, was er für sich, sondern auch was er für seine Angehörigen empfangen hat. Neben ihm haften aber auch unter der gleichen Voraussetzung die be-

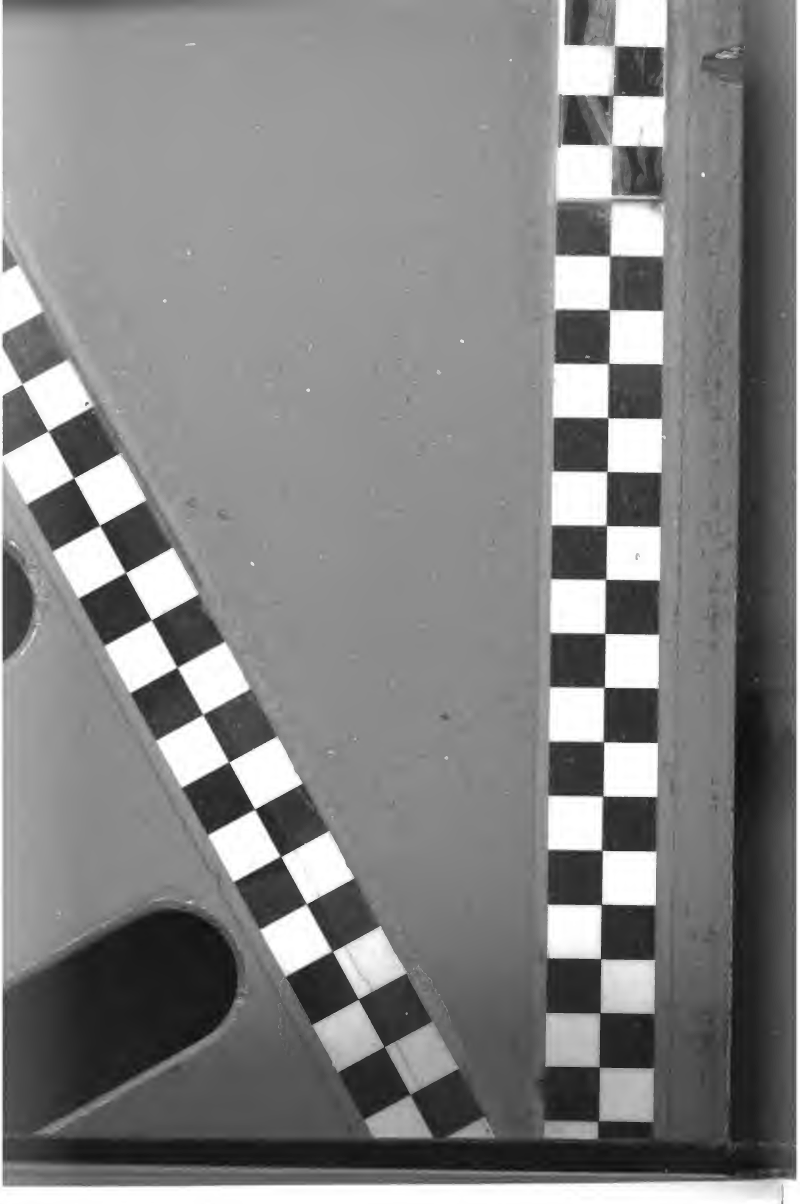
---

2) Dies trifft außer denjenigen Fällen, in denen auf Grund des Reichsrechts die Zwangserziehung angeordnet wird, vor allem diejenigen des § 3 Nr. 5 Fürsorgeges. und der vorläufigen Übernahme der Fürsorge gemäß § 22 Verhältnisges.

3) Die Allgemeine Armenanstalt, welche nach § 1 Armenges. v. 11. Sept. 1907 die Verwaltung des Ortsarmenverbandes Hamburg führt, wurde im Jahre 1788 als öffentliche milde Stiftung gegründet (Westphalen II S. 233 ff.) und 1865 vom Staate übernommen; doch wird das Vermögen der Armenanstalt besonders verwaltet und muß deshalb die frühere Stiftung als fortbestehend angesehen werden. Vgl. S. 138; Amtsger. Samml. VI S. 195.

4) Auf Veranlassung der Bürgerschaft (vgl. Aussch.Ber. 1906 Nr. 42 S. 21) ist absichtlich an Stelle des „notwendigen" Unterhalts der „nach billigem Ermessen erforderliche" gesetzt worden, um auszusprechen, daß der Regreß nicht schon dann begründet sei, wenn der Arme sich eben auf den notwendigen Lebensunterhalt emporgearbeitet habe. Jedenfalls muß die Besserung der Vermögensverhältnisse eine derartige sein, daß der Unterstützte nicht infolge der Rückgewähr abermals in Hilfsbedürftigkeit gerät. Vgl. die jetzt auch noch verwertbaren Entscheidungen zum früheren Armengesetz in Beibl. 1905 Nr. 129 und 1907 Nr. 132.

5) Nach § 14 des früheren Armenges. v. 18. Mai 1892 trat die Allgemeine Armenanstalt von Rechts wegen in die Rechte ein, welche dem Armen an Totenladen oder Sterbekassen zustanden. Diese Vorschrift ist jetzt beseitigt.



treffenden Angehörigen für die Rückerstattung. Als angehörig im armenrechtlichen Sinne sind anzusehen Ehefrauen[6] und eheliche und diesen gleichstehende Kinder des Familienhauptes, es sei denn, daß die bei Gewährung der Unterstützung angenommene Hilfsbedürftigkeit nicht vorgelegen hat, oder daß Kinder in bezug auf den Erwerb und Verlust des Unterstützungswohnsitzes selbständig sind (§ 12 Ges.). Ob die Angehörigen mit oder ohne den Willen des Familienhauptes die Unterstützung erhalten haben, ist für den Regreßanspruch unerheblich.[7]

Dieser Regreßanspruch kann im Verwaltungswege gemäß § 17 Verhältnisges. geltend gemacht werden.

2. Bei der Inanspruchnahme Dritter kann es sich entweder darum handeln, Ersatz für bereits verauslagte Beträge zu erlangen oder den Dritten zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht gegenüber der von der Armenanstalt unterstützten hilfsbedürftigen Person zu zwingen. Nach beiden Richtungen fehlte es bis zum Erlaß des am 1. Januar 1908 in Kraft tretenden Armengesetzes vom 11. September 1907 an einer landesrechtlichen Vorschrift. Dagegen half in ersterer Beziehung das Reichsrecht aus.

a) Auf Grund von § 62 des Reichsges. über den Unterstützungswohnsitz, welcher aufrechterhalten ist, kann der Direktor des öffentlichen Armenwesens als Vertreter des Ortsarmenverbandes Hamburg[8] von dritten Personen Ersatz der geleisteten Unterstützung verlangen, und zwar unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen der Unterstützte von diesen Dritten Unterstützung verlangen kann. Dieser Anspruch richtet sich nicht bloß, wie derjenige auf Grund des Art. 103 E.G. z. B.G.B., gegen solche Personen, welche nach den Vorschriften des B.G.B. unterhaltspflichtig sind, sondern auch gegen diejenigen, welche aus Verträgen, Versicherungen, unerlaubten Handlungen usw. dem Unterstützten zur Unterstützung verpflichtet sind.[9]

Voraussetzung der Ersatzpflicht ist das Bestehen der Unterhaltspflicht im Moment der gemachten Aufwendungen.

6) Hält die Ehefrau sich zu Unrecht von der häuslichen Gemeinschaft fern, so liegt eine Hilfsbedürftigkeit nicht vor, solange nicht der Mann der Frau die Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft verweigert, da nach § 1360 B.G.B. der Unterhalt vom Manne grundsätzlich in natura und nur dann nach § 1361 B.G.B. in Geld zu leisten ist, wenn der Mann der Frau die Wiederaufnahme verweigert. Erhält eine sich zu Unrecht vom Manne fernhaltende Ehefrau Armenunterstützung, so gilt nicht der Mann als unterstützt.

7) Vgl. § 12 Armenges.

8) Vgl. § 1 Armenges. S. auch Beibl. 1903 Nr. 120.

9) Vgl. Dorner-Seng S. 99.

Dieser Anspruch kann nur im ordentlichen Gerichtsverfahren, nicht im Verwaltungswege geltend gemacht werden.[10]

b) Weiter geht § 20 des neuen Armengesetzes, welcher bezweckt, die Unterhaltspflichtigen zur Erfüllung ihrer Unterhaltspflicht zu zwingen. Derselbe regelt diese Frage folgendermaßen:

α) Verpflichtet ist der zum Unterhalt eines Unterstützten gesetzlich Verpflichtete nach Maßgabe seiner gesetzlichen Verpflichtung zur Unterhaltsgewährung. Im Gegensatz zu a erstreckt sich dieser Anspruch nicht auf solche Personen, welche vertraglich oder aus unerlaubter Handlung[11] zum Unterhalt des Unterstützten verpflichtet sind. Vielmehr gehören zu den Verpflichteten[12] nur die Verwandten in gerader Linie, der Ehegatte und der uneheliche Vater, letzterer aber nur, wenn er seine Vaterschaft nach § 1718 B.G.B. anerkannt hat oder seine Unterhaltspflicht in einem vollstreckbaren Titel festgestellt ist.[13]

β) Die Verpflichtung geht auf Gewährung des laufenden Unterhalts an den Hilfsbedürftigen. Die Geltendmachung dieses Anspruchs geht von Rechts wegen auf die Armenanstalt über.[14]

γ) Die Verpflichtung wird von der Polizeibehörde, in deren Bezirk der Verpflichtete seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hat, auf Antrag des

---

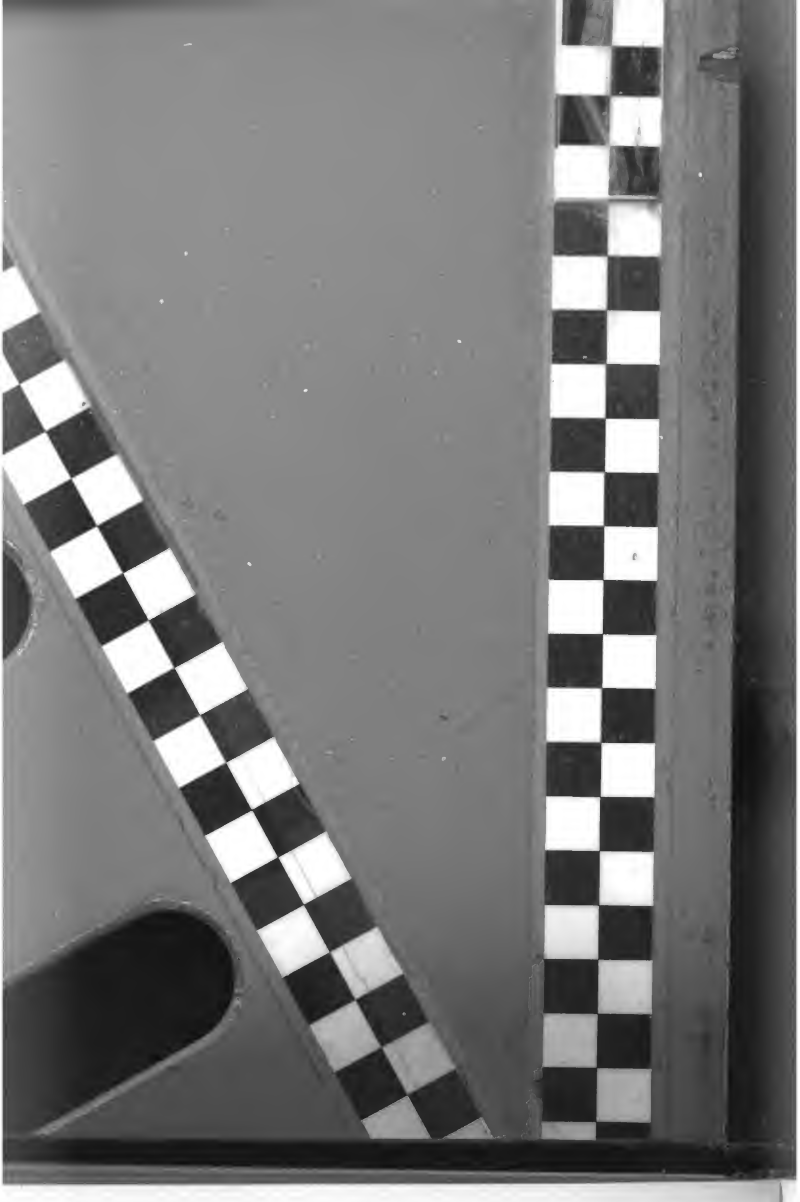
10) So mit zutreffenden Gründen Beibl. 1895 Nr. 64 I, 71; 1896 Nr. 60; Wulff II S. 440 Anm. 5. Die Bestimmungen in den §§ 19 Abs. 2, 20 des neuen Armengesetzes können sich nicht auf das Reichsrecht beziehen, da von diesem dort gar nicht die Rede ist. A. M. für das frühere Recht Beibl. 1895 Nr. 64 II.

11) In den Fällen der §§ 843, 844 B.G.B. handelt es sich nicht um eine gesetzliche Verpflichtung zur Gewährung des Unterhalts, sondern um eine Verpflichtung zum Schadensersatz (vgl. Planck VI Art. 103 E.G. Anm. 2 b).

12) Vgl. §§ 1601, 1360, 1578, 1351, 1708 B.G.B. Bei bestehender allgemeiner Gütergemeinschaft, Errungenschafts- oder Fahrnisgemeinschaft haftet das Gesamtgut so, als wenn es Alleineigentum des verpflichteten Ehegatten wäre.

13) Vgl. § 1718 B.G.B., § 11 Abs. 1 Vormundschaftsges., § 12 Hamb. F.G.G.

14) Gegenüber dem Wortlaut des Art. 103 E.G. z. B.G.B. kann es zweifelhaft erscheinen, ob derselbe auch solche Vorschriften deckt, in denen ein Unterhalt noch nicht gewährt worden ist. Die bei der Schaffung dieser Vorschrift geführten Verhandlungen machen es aber klar, daß auch solche Bestimmungen mit unter den Vorbehalt des Art. 103 fallen sollen (vgl. Mot. z. Entw. I des B.G.B. IV S. 676, Prot. z. Entw. II VI S. 482, 483). Insbesondere hat man es als zweifellos hingestellt, daß die analoge Vorschrift des § 65 des preuß. A.G. zum Unterstützungswohnsitzges. v. 8. März 1871 durch das B.G.B. nicht berührt werden sollte.



unterstützenden Armenverbandes durch **Beschluß** festgestellt.[15] Den Beteiligten ist vor Abgabe der Entscheidung Gelegenheit zur Äußerung zu geben, doch darf sich die Polizeibehörde hierauf nicht beschränken, vielmehr hat sie von Amts wegen Ermittlungen über die Verpflichtung des in Anspruch Genommenen zur Unterhaltsgewährung und den Umfang seiner Leistungsfähigkeit anzustellen.[16] Der Beschluß ist mit Gründen zu versehen.

Der Beschluß ist **vorläufig vollstreckbar**, und zwar so lange als nicht mittels vollstreckbaren gerichtlichen Urteils eine abändernde Entscheidung erfolgt. Die Vollstreckung erfolgt im Wege der gerichtlichen Zwangsvollstreckung.[17]

δ) Beide **Parteien** sind **befugt**, die **Entscheidung der Polizeibehörde im ordentlichen Rechtswege anzufechten**. Eine Frist für die Erhebung der Klage besteht nicht. Wird aber die Klage nicht innerhalb sechs Monaten nach Zustellung des Beschlusses der Polizeibehörde erhoben, so kann der Inanspruchgenommene nur dasjenige zurückfordern, was er für den Zeitraum seit Anstellung der Klage zu viel geleistet hat. Andernfalls ist ihm von dem Armenverband alles zurückzuerstatten, was er zuviel geleistet hat.

Die tatsächlichen Feststellungen der Polizeibehörde sind für das Gericht in keiner Weise bindend, da es sich nicht um eine Klage auf Grund des Verhältnisges. handelt.

3. Über **das gesetzliche Erbrecht** der Allgemeinen Armenanstalt, des Waisenhauses und der milden Stiftungen s. § 143 II.

§ 56. **Haftung des Staates, der Gemeinden usw für Handlungen ihrer Angestellten.**

Die Frage, inwieweit der Staat und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts für Handlungen und Unterlassungen ihrer Angestellten, seien sie rechtswidrig oder gesetzlich erlaubt, aufzukommen haben, ist vielfach bestritten. Wegen der mannigfachen Berührung privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Gesichtspunkte auf diesem Gebiet

15) In dem nicht zum Ortsarmenverband Hamburg gehörigen Teile des Staatsgebietes sind hierfür die Landherrnschaften, in Ritzebüttel ist der Amtsverwalter zuständig (§ 24 Armengeś.).

16) Selbstverständlich muß dem in Anspruch Genommenen von der Polizeibehörde nachgewiesen werden, daß die Voraussetzungen für die Unterhaltspflicht vorliegen (vgl. Sten. Ber. der Bürg. 1907 S. 669).

17) Also durch Gerichtsvollzieher nach den Vorschriften des achten Buches der Z.P.O.

ist es häufig zweifelhaft, ob der erstere oder letztere vorwiegt, namentlich da sich in Hamburg die Nachwirkung der Entstehung der öffentlichen Rechtsvorschriften aus den privatrechtlichen vielleicht schärfer ausprägt als in anderen Staaten. Die zur Anwendung kommenden Vorschriften beruhen teils auf dem Reichs-, teils auf dem Landesrechte, und zwar kommt in letzterer Beziehung sowohl das Hamburger Partikular-, als auch das gemeine Recht in Betracht.

Für das heute geltende Recht ist vor allem wesentlich die Unterscheidung, ob die Handlung oder Unterlassung, für welche Staat, Gemeinde usw. aufkommen sollen, bei der Ausführung privatrechtlicher Verrichtungen, oder ob sie bei der Ausübung der öffentlichen Gewalt stattgefunden hat.

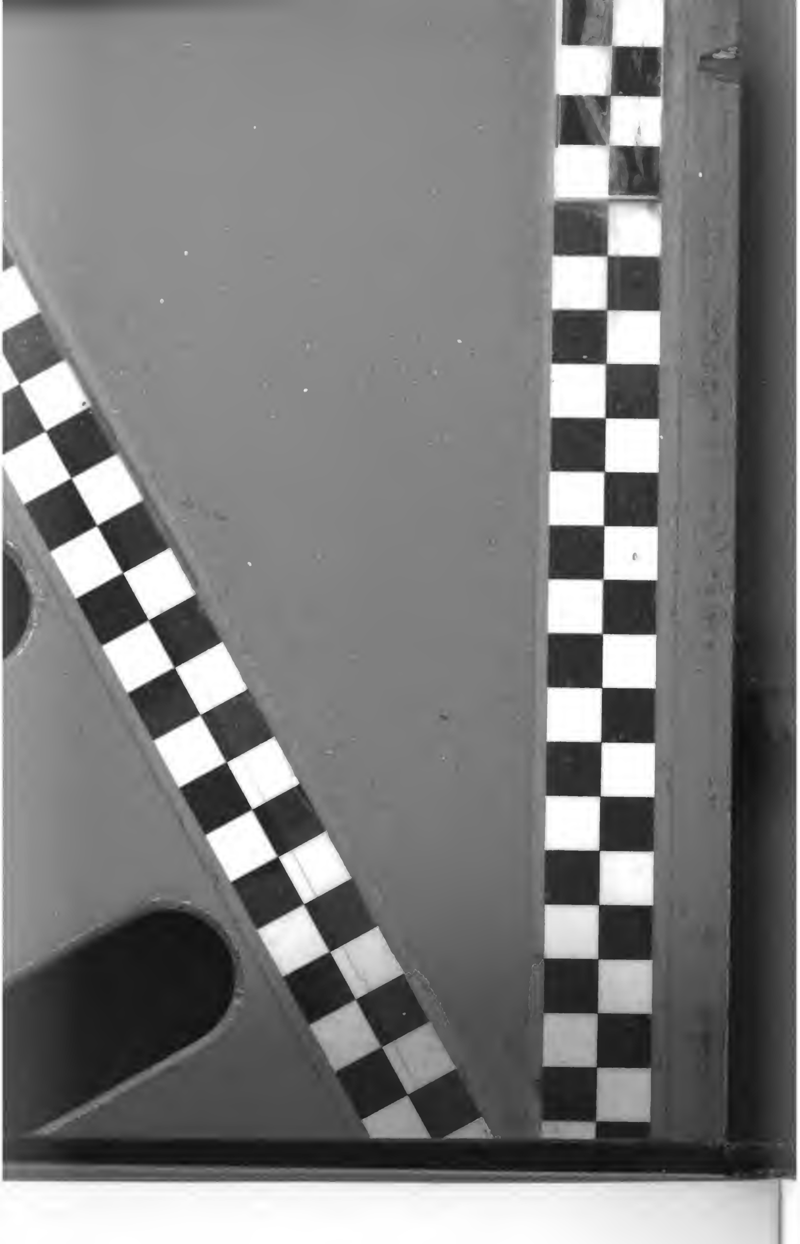
I. Bei der Ausführung privatrechtlicher Verrichtungen unterliegen Staat, Gemeinde usw. als Vermögenssubjekt im wesentlichen denselben Vorschriften wie andere Personen.

1. Dies bezieht sich auf alle Fälle, in denen der Staat usw. eine Vermögensverwaltung führt, in denen er nicht als übergeordneter Hoheitsträger, sondern als Subjekt einer Privatwirtschaft erscheint. Dies ist namentlich der Fall, wenn der Staat ein Gewerbe betreibt, z. B. das der Wasser- und Gasversorgung oder der Verwaltung der Quais,[1] wenn er Lieferungsverträge abschließt oder sonstige privatrechtliche Verträge eingeht.[2] Seine Verpflichtungen ergeben sich dann ans dem bürgerlichen Recht, insbesondere dem B.G.B.

a) Der Staat hat die Willenserklärungen seiner Angestellten für und gegen sich gelten zu lassen (§ 164 B.G.B.) und für ein Verschulden

1) Der Quaibetrieb ist keine öffentlichrechtliche Funktion des Staates (Beibl. 1895 Nr. 105). S. auch § 58 VIII. Der staatliche Betrieb des Gerichtsvollzieherwesens enthält in gewissem Sinne die Ausübung einer öffentlichrechtlichen Funktion. Doch besteht zwischen dem Auftraggeber des Gerichtsvollzieheramts und dem letzteren ein rein privatrechtliches Verhältnis, welches nach den Regeln des Auftrags zu beurteilen ist, und gelten hinsichtlich der Haftung des Staates für die Handlungen des Gerichtsvollziehers dem Auftraggeber gegenüber die obigen Grundsätze (Entsch. des R.G. [verein. Zivilsen.] 16 S. 396; Beibl. 1887 Nr. 105, 1894 Nr. 102). Die Einrichtungen für das Lotsenwesen hat der Staat nicht als Privatunternehmer, sondern kraft öffentlichen Rechts getroffen (Hauptbl. 1907 Nr. 43).

2) Vgl. Jellinek, System der subj. öffentl. Rechte (2. Aufl.) S. 62. In Beibl. 1898 Nr. 1, 1905 Nr. 110, 166 wird auch die vermögensrechtliche Seite des Staatsdienerverhältnisses unter diesen Gesichtspunkt subsumiert.



seiner Vertreter und Gehilfen bei Eingehung und Erfüllung seiner Verbindlichkeiten aufzukommen[3] (§ 278 B.G.B.).

b) Wird ein Schaden außerhalb eines bestehenden Vertragsverhältnisses von einem Beamten in Ausführung der ihm zustehenden privatrechtlichen Verrichtungen verursacht, so haftet der Staat ebenfalls unbedingt (§§ 89, 31 B.G.B.). Voraussetzung ist aber, daß es sich um einen Vertreter im Willen, ein Willensorgan des Staates, handelt, was bei Beamten, die rein technische oder untergeordnete Arbeiten verrichten, regelmäßig nicht der Fall sein wird.

Soweit der Beamte, dessen sich der Staat zu einer Verrichtung bedient, kein Willensorgan ist, haftet der Staat ebenfalls, doch kann er sich durch den Nachweis exkulpieren, daß er bei der Auswahl des Angestellten die im Verkehr übliche Sorgfalt beobachtet hat, oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre (§ 831 B.G.B.).

2. Dieselben Grundsätze wie unter 1 treffen auch für den Fall zu, daß der Staat Grundeigentum besitzt, hinsichtlich der aus dem Eigentum den Nachbarn und Dritten gegenüber entspringenden Verpflichtungen,[4] sowie wenn bez. der dem öffentlichen Gebrauch unterliegenden Gegenstände[5] der Staat diejenige Sorgfalt außer acht läßt, welche ein Privateigentümer aufzuwenden hat. Auch in letzterem Fall handelt es sich um ein privatrechtliches Verhältnis.[6]

3. In allen diesen Fällen besteht nicht nur ein privatrechtlicher Anspruch, sondern ist auch die Klage im ordentlichen Rechts-

3) Auch die Rückgabepflicht des Staates in Ansehung beschlagnahmter oder sonst in Verwahrung genommener Sachen ist eine privatrechtliche Verpflichtung; vgl. Beibl. 1907 Nr. 52.

4) Vgl. Beibl. 1888 Nr. 27.

5) Vgl. § 61 II 2.

6) Vgl Entsch. des R.G. 54 S. 55; Beibl. 1886 Nr. 119, 1893 Nr. 86; Hauptbl. 1905 Nr. 88 (auch Seuff. Arch. 49 Nr. 1). Während das R.G. sich in dem zuerst aufgeführten Erkenntnis für das Gebiet des gemeinen Rechts sehr entschieden für die privatrechtliche Natur dieses Rechtsverhältnisses ausspricht, hat es für das preuß. Landrecht in Entsch. 40 S. 293 ff. die Verpflichtung des Staates zur Unterhaltung der Hafenanlagen für eine öffentlichrechtliche erklärt. Die Verpflichtung der öffentlichrechtlichen Korporationen, für den verkehrssicheren Zustand der von ihnen dem öffentlichen Verkehr übergebenen Straßen und Wege zu sorgen, folgt nicht aus dem Eigentumsbegriff und den Normen über das Eigentumsrecht, sondern daraus, daß, wer ein Grundstück zum öffentlichen Verkehr bestimmt und einrichtet, verpflichtet ist, dies in einer Weise zu tun, wie es den Anforderungen der Verkehrssicherheit entspricht.

wege zugelassen (§ 24 Abs. 1 Verhältnisges.).[7] Die Klage ist die gewöhnliche Klage des Zivilrechts und unterliegt weder in bezug auf die Form noch auf die Verjährung oder Voraussetzungen besonderen Vorschriften. Auch ist das Gericht in diesem Falle nicht gehindert, durch einstweilige Verfügungen den streitigen Zustand vorläufig zu regeln.

Über die Behörden, gegen welche die Klage zu richten ist, s. § 24 II.

II. Nach Art. 77 E.G. z. B.G.B. bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über die Haftung des Staates und der Gemeinden für den von ihren Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden, sowie die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Ersatzanspruch des Beschädigten gegenüber dem Beamten insoweit ausschließen, als der Staat oder die Gemeinde haftet. Auf Grund dieser Vorschrift sind lediglich Spezialbestimmungen getroffen worden für den Grundbuchrichter und den Waisenhausdirektor als Anstaltsvormund oder -pfleger, für deren Handlungen der Staat in gewissem Umfange haftet. S. hierüber §§ 71 II, III; 141 II 2.

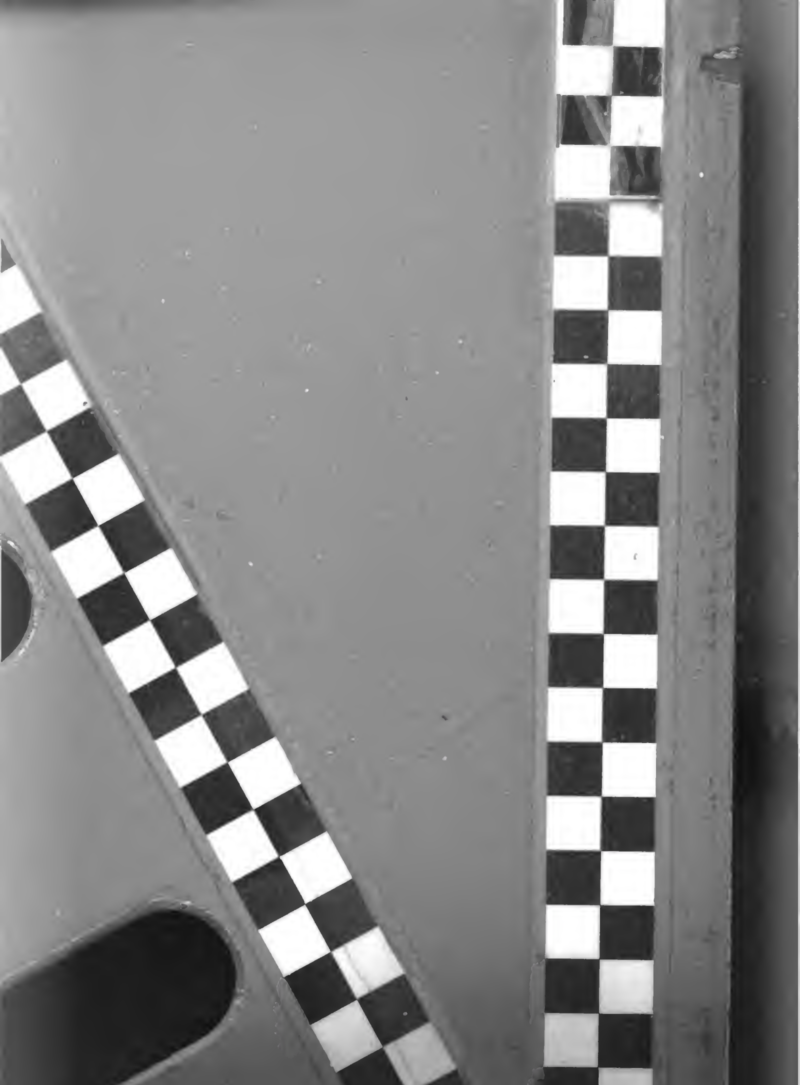
Die allgemeine landesrechtliche Grundlage einer solchen Haftung des Staates[8] beruht in Hamburg auf Art. 27 Abs. 3, Art. 89 der Verf. und dem gemeinen Recht. Danach können, vorbehaltlich einer näheren Regelung der Frage durch das Gesetz, die Verwaltungsbehörden von jedem, der sich durch ihre amtlichen Handlungen in einem Privatrecht verletzt glaubt, auf Entschädigung oder Genugtuung gerichtlich belangt werden. Da solche amtliche Handlungen durch Beamte vorgenommen werden, so handelt es sich hier um die Haftung des Staates für den durch Beamte bei Ausübung der öffentlichen Gewalt verursachten Schaden.[9]

Die nähere Ausführung dieser Verfassungsbestimmung ist durch die §§ 24 ff. des Verhältnisges. vom 23. April 1879 erfolgt. Eine allgemeine Verpflichtung des Staates, dem Dritten im Rahmen des Art. 77

7) Diese Klage bezieht sich formell nur auf die Ansprüche gegen den Staat. Aus § 4 E.G. z. Z.P.O. folgt aber, was übrigens für Hamburg nicht bestritten ist, daß die obigen Ansprüche auch gegenüber den Gemeinden und anderen öffentlichen Korporationen vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden können.

8) Hier ist im Gegensatz zu I nur vom Staate, nicht auch von den Gemeinden die Rede.

9) S. auch Löning, Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten S. 112.



E.G. zu haften, wie sie für andere deutsche Staaten,[10] namentlich bei Gelegenheit des Inkrafttretens des neuen Rechts, getroffen worden ist, besteht hiernach für Hamburg nicht, da sie auch in dem früher hierfür maßgebenden gemeinen Rechte nach der richtigen Ansicht nicht anerkannt war. Vielmehr besteht nur eine nach manchen Richtungen beschränkte Haftung des Staates für gewisse schädigende Handlungen einzelner Verwaltungsbeamten.[11]

1. Die Frage, inwieweit eine dem Dritten in einem Prozeß gegen einen Beamten wegen Verletzung seiner Amtspflicht zugesprochene Entschädigung vom Staate zu bezahlen ist, soll nach den „allgemeinen Rechtsgrundsätzen" entschieden werden (§ 31 Abs. 2 Verhältnisges.). Diese fast unverändert aus dem Gesetz vom 12. August 1859 stammende Bestimmung hat eine besondere Bedeutung nicht. Allgemeine Rechtsgrundsätze in dieser Beziehung bestehen nicht. Es kommt deshalb das gemeine Recht zur Anwendung, welches einen Rechtssatz, wonach der Staat allgemein für Schaden aus unerlaubten Handlungen seiner Beamten einzustehen hat, nicht kennt.[12] Dagegen haftet der Staat wie jede juristische Person für ein Verschulden derjenigen Personen, welche als Willensorgane des Staates anzusehen sind, sobald die schuldhafte Handlung innerhalb des ihnen zugewiesenen Geschäftskreises liegt.[13]

2. Unter gewissen Umständen steht es dem Dritten frei, die Verwaltungsbehörde aufzufordern, ob sie das Verfahren ihres Mitgliedes oder Beamten vertreten will (§ 31 Abs. 1 Verhältnisges.).

---

10) Vgl. Oertmann S. 256, Kisch S. 335, Dorner-Seng S. 99; ferner hess. Ges. v. 17. Juli 1899 Art. 78, reuß. Ges. v. 26. Okt. 1899 § 69 und vom 10. Aug. 1899 § 48, württemb. Ges. v. 28. Juli 1899 Art. 202. Auch Sachsen-Koburg-Gotha (Art. 18 § 1 Ges. v. 20. Nov. 1899), Sachsen-Weimar-Eisenach (§ 91 Ges. v. 5. April 1899) und Schwarzburg-Sondershausen (Art. 19 § 1 Ges. v. 19. Juli 1899) haben diese Frage geregelt.

11) Auf die Richter bezieht sich der 4. Abschnitt des Verhältnisges. nicht.

12) Vgl. Entsch. des R.G. 11 S. 206, 33 S. 206.

13) Vgl. Entsch. des R.G. 39 S. 184 (diese Entscheidung geht noch etwas weiter, da sie den Staat nicht nur für das widerrechtliche Verhalten seiner Willensorgane, sondern aller solchen Angestellten, die verfassungsmäßig innerhalb des ihnen zugewiesenen Geschäftskreises zum selbständigen Handeln für sie berufen seien, haftbar macht), 45 S. 168, 47 S. 242 (Hamb. Fall). A. M. Hauptbl. 1907 Nr. 43, wo ohne nähere Begründung der obige, vom Reichsgericht in konsequenter Rechtsprechung anerkannte Rechtssatz bestritten wird.

a) Voraussetzung dieser Aufforderung ist, daß der Dritte in seinem Privatrechte von einem im Hamburgischen Staatsdienst stehenden Beamten in Ausübung des Amtes verletzt worden ist.

Über die Verletzung von Privatrechten s. unter 3 a.

Es muß dem Dritten ein Schadensersatzanspruch gegen den Beamten zustehen. Dieser Anspruch ist vom Reichsrecht ausschließlich geregelt. Er kann auf den allgemeinen Vorschriften der §§ 823, 826 B.G.B. beruhen, indem der Beamte ein dem Dritten zustehendes Recht oder ein zu dessen Gunsten geltendes Schutzgesetz verletzt hat, oder er kann aus § 839 B.G.B. entspringen und die Verletzung einer dem Beamten dem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht zum Gegenstande haben. Hat der Dritte keinen Anspruch gegen den Beamten, so ist seine etwaige Aufforderung an die Behörde bedeutungslos.

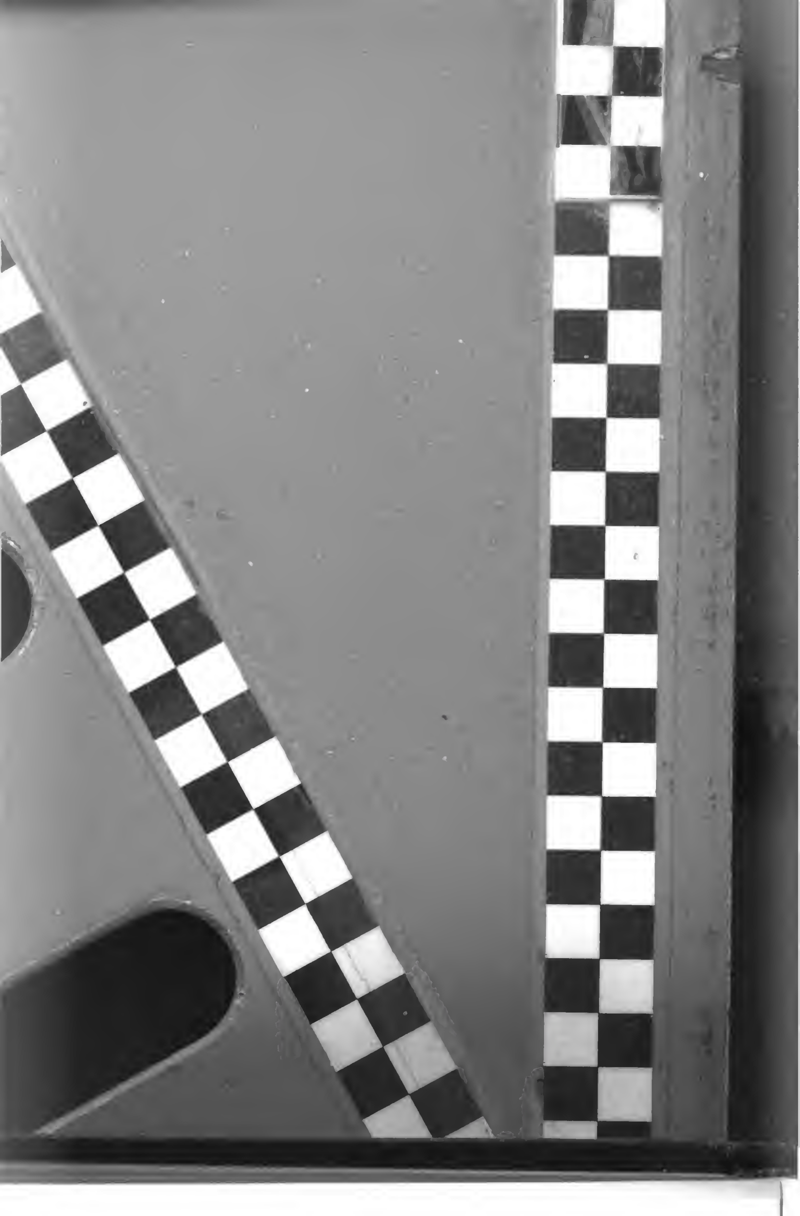
b) Die Behörde kann binnen 4 Wochen erklären, daß sie die Vertretung des Beamten übernehmen will; antwortet sie nicht binnen der Frist, so gilt die Anfrage als verneint.

Die Behörde ist zur Übernahme der Vertretung verpflichtet, falls der schuldige Beamte ihrer Instruktion gemäß gehandelt hat. Die Instruktion kann eine allgemeine oder eine besondere, für den einzelnen Fall bestimmte sein. Sie kann von der Behörde selbst oder von einem zur Vertretung der Behörde befugten Beamten erlassen worden sein. Wenn der schuldige Beamte nach der Anweisung seiner Behörde auch anderen Beamten als den Vertretern der Behörde zu folgen verpflichtet ist, und er den Schaden auf die Anweisung eines solchen Beamten, dem er folgen mußte, verursacht hat, so muß die Behörde ebenfalls eintreten.

Weigert die Behörde die Übernahme der Vertretung, trotzdem sie dazu verpflichtet ist, so ist dagegen im Verwaltungsbeschwerdewege vorzugehen. Der Eintritt der Behörde kann aber in diesem Falle nicht etwa durch direkte Klageerhebung gegen sie fingiert werden.

c) Tritt die Behörde für den Beamten ein, so hat dies zur Folge, daß ein Anspruch gegen den Beamten nicht gerichtet werden darf. Die Haftung des Beamten wird ganz ausgeschlossen, an Stelle des Beamten tritt der Staat. Die Haftung des Staates stellt sich rechtlich nicht als eine Haftung für eigenes Verschulden, sondern als die Übernahme einer fremden Schuld dar.

Die Zulässigkeit des Ausschlusses der Haftung des Beamten beruht auf Art. 77 E.G. z. B.G.B. Mit § 11 E.G. z. G.V.G. steht diese



Vorschrift nicht im Widerspruch, da dort der Ausschluß einer Klage gegen den Beamten aus gewissen materiellrechtlichen Gründen nicht untersagt ist. Dies ergibt sich auch gerade aus dem Schlusse des Art. 77 E.G. z. B.G.B., der sonst einen Sinn nicht hätte.

d) An eine besondere Form oder Frist ist die auf Grund der Schuldübernahme gegen den Staat gerichtete Klage nicht gebunden.

3. Eine besondere unmittelbare Klage gegen den Staat ist gegeben, wenn durch Verfügungen oder Maßregeln von Verwaltungsbehörden Privatrechte verletzt werden (§ 24 Abs. 2 Verhältnisges.). Auch diese Klage entspringt aus der Haftung des Staates für die Handlungen seiner Beamten, denn letztere treffen die Verfügungen oder Maßregeln, aus denen sich der Klageanspruch ergibt.

a) Voraussetzung ist zunächst die Verletzung von subjektiven Privatrechten, während die Verfügung selbst ihre Grundlage im öffentlichen Recht hat; die Verletzung braucht nicht bereits erfolgt zu sein, es genügt, daß sie angedroht wird.[14] Die Begrenzung des Privatrechts im Verhältnis zum öffentlichen Recht ist sehr bestritten, doch folgt die Hamburger Praxis einer ziemlich weiten Auffassung und subsumiert sie unter den Begriff des Privatrechts manche Rechte, welche sonst wohl zu den öffentlichen gezählt zu werden pflegen. Man wird als Privatrechte diejenigen Rechte anzusehen haben, welche der Einzelne oder eine Personenmehrheit um ihrer selbst willen besitzen, während öffentliche Rechte diejenigen sind, welche dem Einzelnen oder der Mehrheit im Interesse der Gesamtheit zustehen, die ihn nur als Mitglied des Ganzen berechtigen und verpflichten.[15]

Verletzt sein muß ein Privatrecht des Klägers. Die Verletzung von Rechten Dritter berechtigt nicht zur Erhebung der Klage.[15a]

α) Die wichtigsten Privatrechte sind die Vermögensrechte, insbesondere das Eigentum[16] und der Besitz.[17] Hierzu gehört auch das Recht zum Gewerbebetriebe.[18]

14) Vgl. Beibl. 1886 Nr. 98.

15) Vgl. über diese sehr schwierige und streitige Frage Dernburg I S. 48; Crome, System des B.G.B. I S. 74; Gareis in Marquardens Handbuch des öff. Rechts I 1 S. 7; Bähr, Rechtsstaat S. 162. Ein Privatrecht, alles zu tun, was nicht ausdrücklich verboten ist, gibt es nicht (Beibl. 1887 Nr. 167).

15a) Vgl. Beibl. 1899 Nr. 128.

16) Vgl. bez. des Rechts der Ausnutzung seines Grundeigentums Beibl. 1889 Nr. 103, bez. der Verletzung des Eigentums durch Tötung eines Hundes

β) Sodann kommen als Privatrechte die Persönlichkeitsrechte, insbesondere die sog. Freiheitsrechte, in Betracht.[19]

b) Weitere Voraussetzung ist das Vorliegen einer Verfügung oder Maßregel einer Verwaltungsbehörde.[20]

---

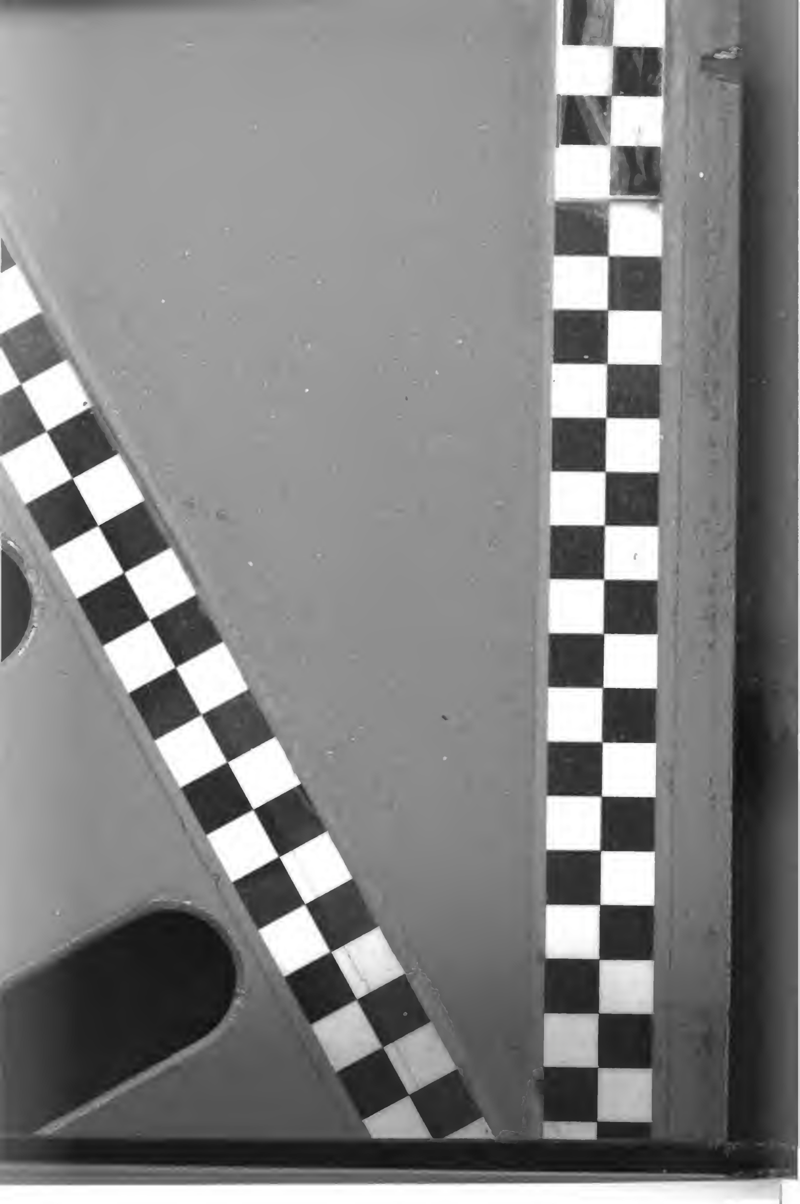
seitens der Polizeibehörde Beibl. 1905 Nr. 159, 1906 Nr. 154, bez. der Forderung auf Rückgabe von Papieren Beibl. 1887 Nr. 147, 1888 Nr. 25, bez. des Rechts auf seinem Grundstück einen Automaten aufzustellen Beibl. 1902 Nr. 74. Bez. der Rückforderung beigetriebener öffentlicher Abgaben vgl. unter III.

17) Vgl. Beibl. 1869 Nr. 28, 83; 1870 Nr. 54, 119; 1871 Nr. 128; 1872 Nr. 141; 1872 Nr. 22.

18) Vgl. Entsch. des R.G. 25 S. 331; Beibl. 1893 Nr. 98, 1900 Nr. 55, 1903 Nr. 175. Unter diesem Gesichtspunkte ist als Verletzung eines Privatrechts angesehen worden die Versagung des Betriebs einer Wirtschaft oder des Auftretens als im Widerspruch mit der Gewerbeordnung stehend (Beibl. 1893 Nr. 98, 1887 Nr. 177), die unberechtigte Störung im Wirtschaftsbetriebe (Beibl. 1899 Nr. 128), die unberechtigte Entziehung des Fahrscheins als Kutscher (Beibl. 1900 Nr. 155), die unbefugte Aberkennung der Führung des Arzt-, Zahnarzt- oder Titels als Gerichtschemiker (Beibl. 1904 Nr. 53, 1897 Nr. 144), das unbefugte Verbot, Reklame zu treiben (Beibl. 1898 Nr. 34, 1905 Nr. 89). Nach mehreren Entscheidungen soll, soweit in der G.O. ein Rekursverfahren vorgeschrieben ist, der Rechtsweg ausgeschlossen sein (Beibl. 1893 Nr. 98, 1904 Nr. 53, 1907 Nr. 112; Entsch. des R.G. 15 S. 143). Doch erscheint dies nicht zutreffend. Weder enthält die G.O. eine derartige Bestimmung, noch trifft hier die Ausnahme des § 24 Abs. 2 Verhältnisges. zu, da der Eingriff in Gewerberechte nach feststehender Hamburgischer Praxis als eine Privatrechtsverletzung aufzufassen ist. Die Entsch. des R.G. in Bd. 15 S. 143 beruht auf ganz abweichenden Grundsätzen des preußischen Rechts.

19) So ist z. B. als Privatrecht anerkannt worden das Recht auf Freiheit gegenüber dem Zwangsaufenthalt in der Irrenanstalt (Beibl. 1888 Nr. 113), das Recht von der unberechtigt verhängten Sittenkontrolle befreit zu werden (Beibl. 1888 Nr. 105). Bez. des Schutzes der persönlichen Freiheit gegenüber dem armenrechtlichen Arbeitszwang vgl. § 21 des neuen Armengesetzes. — Dagegen ist als Privatrecht nicht angesehen worden das Recht, eine öffentliche Versammlung einzuberufen und abzuhalten (Beibl. 1892 Nr. 135); das Recht, die Genehmigung zur Leitung einer Privatschule zu erhalten (Beibl. 1892 Nr. 151); das Recht auf Eintragung einer Namensänderung im Standesregister (Beibl. 1893 Nr. 60, 151); das Recht auf polizeilichen Schutz (Beibl. 1899 Nr. 109); das Recht des Ausländers, nicht ausgewiesen zu werden (Beibl. 1899 Nr. 34); das Recht, von einer Behörde innerhalb bestimmter Zeit beschieden zu werden (Beibl. 1899 Nr. 145); das Recht, ein Zeugnis über die Rechtsfähigkeit eines sog. alten Vereins zu erhalten (Beibl. 1900 Nr. 143); das Recht auf Übertragung eines Amtes oder einer dienstlichen Beschäftigung (Beibl. 1902 Nr. 85, 183).

20) Als solche ist die Staatsanwaltschaft nicht anzusehen, soweit sie die ihr in der Zivil- oder Strafprozeßordnung zugewiesenen öffentlichrechtlichen Funktionen wahrgenommen oder angeblich pflichtwidrig unterlassen hat (Beibl. 1902 Nr. 117, 147). Es kann zweifelhaft sein, ob die von der Bebauungsplankommission (§ 4 Bebauungsplangesetz.) erlassenen Beschlüsse im Sinne dieser Vorschrift Verfügungen einer Verwaltungsbehörde sind. Das O.L.G. hat in Beibl. 1899 Nr. 13 diese Frage bejaht, aber die Beschlüsse nur in beschränktem Maße für anfechtbar erklärt. In Beibl. 1907 Nr. 116 werden auch Verfügungen der Landgemeinden hierunter begriffen; doch erscheint dies sehr zweifelhaft.



α) Die **Verfügung** ist das **einseitige** Rechtsgeschäft des öffentlichen Rechts; sie ist ein Willensakt der Verwaltung, durch welchen ein einzelner oder eine Summe einzelner Fälle in der vom Gesetz abstrakt geregelten Weise geordnet wird. Sie schafft keine Rechtssätze, sondern Rechtsverhältnisse; sie begründet konkrete subjektive Pflichten und ist Ausübung subjektiver Rechtsbefugnisse. Diese Anordnung muß **in Ausübung des Imperiums** der Behörde erlassen sein und entweder unmittelbar in die Rechtslage des Privaten eingreifen oder ihm ein Tun oder Unterlassen bei Vermeidung von Zwangsmaßregeln auferlegen.[21] Auch ein ablehnender Bescheid kann eine Verfügung darstellen, wenn die Behörde an sich zu einem Tun verpflichtet ist.[22] Dagegen liegt eine Verfügung nicht vor, wenn die Behörde bloß eine Meinung oder einen Wunsch äußert, wenn sie eine Warnung oder einen Rat ergehen läßt, oder ohne die Möglichkeit, einen Zwang auszuüben, dem Privaten ihre Ansicht nach irgend einer Richtung kundgibt. Auch rechnerische Aufstellungen sind keine Verfügungen.[23]

β) Die Verfügung darf **nicht** Streitigkeiten betreffen, die nach **öffentlichrechtlichen** Gesichtspunkten zu beurteilen sind. Es sind dies namentlich diejenigen Rechtsverhältnisse, welche im Verhältnis der Verwaltung zur Justiz der Verwaltung ausschließlich zugewiesen sind. S. Näheres oben § 10 II. Insbesondere können auch Friedensbefehle nicht mit der Zivilklage angefochten werden.[24]

γ) Die Verfügung oder Maßregel **braucht nicht widerrechtlich**, d. h. unter Überschreitung der Amtsbefugnisse der betr. Behörde ergangen zu sein. Auch bei berechtigten Eingriffen ist in einzelnen Fällen eine Klage zulässig. Keinesfalls ist es erforderlich, daß der betr. Beamte schuldhafterweise seine Befugnisse überschritten hat.[25]

---

21) Vgl. Hauptbl. 1889 Nr. 85; Beibl. 1885 Nr. 167, 1889 Nr. 208, 1890 Nr. 55, 89, 1891 Nr. 143, 1899 Nr. 82, 1903 Nr. 129, 1904 Nr. 53, 1905 Nr. 180, 1907 Nr. 36. Die Tätigkeit der Polizeibehörde in bezug auf Fundsachen erfolgt auf Grund der öffentlichen Gewalt (Beibl. 1905 Nr. 159). Unter allen Umständen muß ein positives Tun der Behörde in Frage stehen.

22) Vgl. Beibl. 1903 Nr. 136. Vgl. auch Beibl. 1907 Nr. 116.

23) Ebensowenig bloße Korrespondenzen (Beibl. 1889 Nr. 143).

24) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 200.

25) Früher nahm man an, daß der Eingriff objektiv, wenn auch nicht subjektiv, widerrechtlich erfolgt sein müsse (vgl. Beibl. 1881 Nr. 97, 106; 1888 Nr. 105; 1889 Nr. 90, 198; 1893 Nr. 30; 1899 Nr. 82; 1904 Nr. 34). Neuerdings hat das O.L.G. in Beibl. 1903 Nr. 175 mit beachtenswerten Gründen den Grundsatz vertreten, daß § 24 Abs. 2 sich auch auf solche Fälle beziehe, in denen die Behörde berechtigterweise eine Verfügung erlassen habe, denn da hier die Fälle der Zulässigkeit der Zivilklage gegen den Staat erschöpfend geregelt seien, fehle es sonst an der Möglichkeit, einen etwa im Recht

Insoweit geht § 24 Abs. 2 entschieden weiter als die Vorschriften derjenigen Staaten, welche an Stelle des schuldhaften Beamten den Staat haften lassen, denn diese setzen ein Verschulden des Beamten voraus.

c) Soweit gegen Verfügungen ein Reklamationsverfahren gesetzlich vorgesehen, nicht etwa obligatorisch vorgeschrieben[26] ist, ist die Anstellung der Klage erst zulässig nach Erledigung dieses Verfahrens (§ 25 Verhältnisges.).[27] Eine „Reklamation" setzt voraus, daß in der Eingabe eine Vorstellung gegen eine vorausgegangene Verfügung einer Behörde kundgegeben wird, über welche dieselbe Behörde, von der oder von deren Organ die angefochtene Entscheidung ausgeht, oder eine bei dieser Behörde gebildete besondere Kommission zu entscheiden hat. Dagegen enthält die Beschreitung des Beschwerdeweges an eine höhere Instanz, insbesondere den Senat, kein Reklamationsverfahren.[28]

d) Grundsätzlich kann die Klage bis zur Vollendung der Verjährung erhoben werden.

Nur wenn die Verfügung oder Maßregel der Behörde dem Privaten schriftlich[29] eröffnet worden ist, muß die Klage binnen einer Frist

---

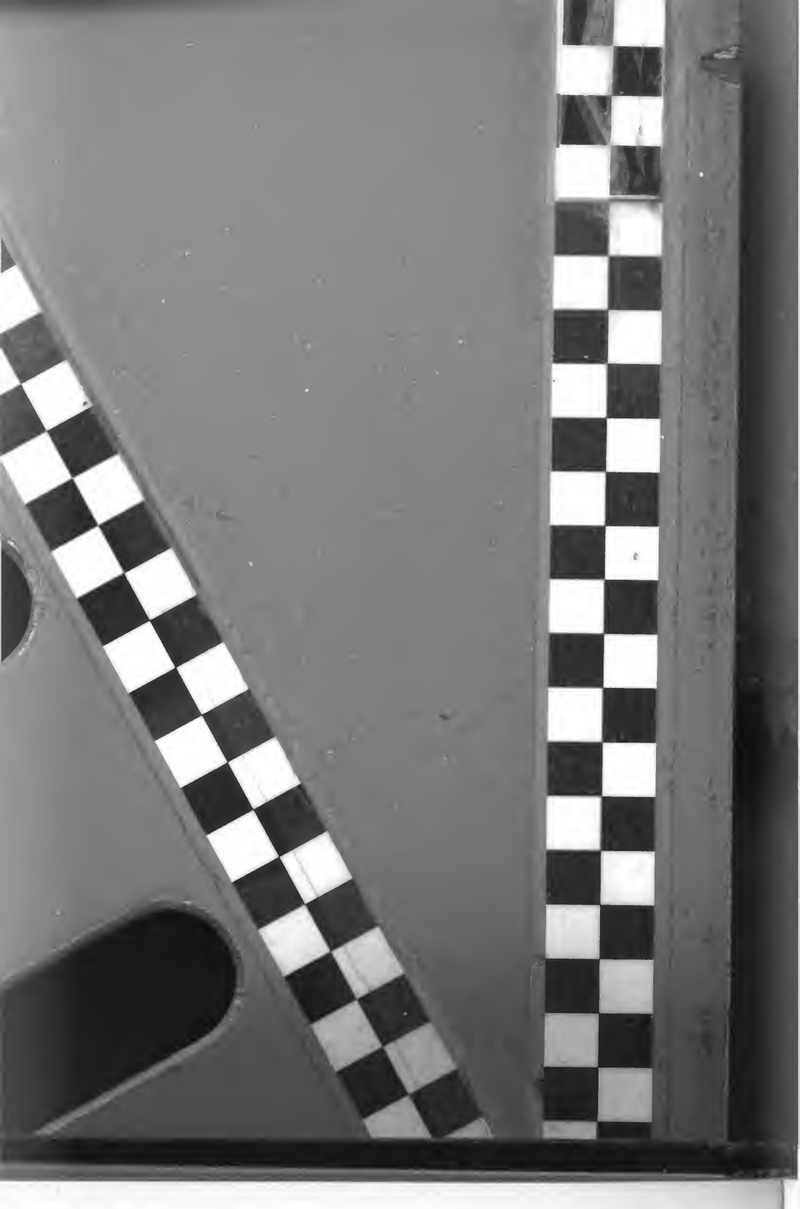
begründeten Ersatzanspruch eines in seinem Privatrecht durch erlaubte Anordnungen des Staats geschädigten Privaten gegen den Staat einzuklagen. Dem wird man zustimmen müssen, wenn auch im Rechtssinne von einer Privatrechtsverletzung nicht wird gesprochen werden können, wenn der Staat suo jure utitur. Regelmäßig wird bei berechtigten Eingriffen, z. B. im Falle der Enteignung, der Auflegung von Baulinien, durch besondere Vorschriften die Entschädigungsfrage und ihre Geltendmachung geregelt sein. Aber man wird nicht annehmen dürfen, daß der allgemeine gemeinrechtliche Grundsatz (vgl. Entsch. des R.G. 41 S. 142, 191; 49 S. 252; Beibl. 1897 Nr. 51; a. M. in Seuff. Arch. 37 Nr. 224 in einer Hamburger Sache die Jenaer Juristenfakultät), daß der Staat bei Eingriffen in wohlerworbene Sonderrechte der Privaten zur Entschädigung verpflichtet sei, durch § 24 Verhältnisgesetz, der in erster Linie die Zulässigkeit des Rechtsweges regelt, beseitigt sein sollte. Vielmehr dürfte dieser Paragraph, welcher die Fälle der Klage gegen den Staat erschöpfend regelt, auch die Fälle eines berechtigten Eingriffs umfassen, wie das O.L.G. annimmt.

26) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 48.

27) Dies ist namentlich bei Geldleistungen, die der Staat von Privaten fordert, der Fall. Vgl. z. B. § 15 Einkommensteuerges. v. 2. Febr. 1903 (vgl. hierzu Beibl. 1905 Nr. 72 I, II), § 23 Erbschaftssteuerges. v. 2. März 1903, § 10 Grundsteuerges. v. 4. Juli 1881, § 25 Ges. betr. die Immobilienabgabe v. 1. März 1882, § 26 Feuerkassenges., Nr. 8 Regl. v. 27. Dez. 1858 betr. die Erhebung der Abgabe von den öffentl. Vergnügungen. Vgl. auch § 24 Ges. betr. die Stempelabgabe v. 11. Dez. 1903. Bez. der Nichteinhaltung des Instanzenzuges vgl. Beibl. 1904 Nr. 24. Vgl. auch bez. der Vorschreibung des Reklamationsverfahrens Beibl. 1903 Nr. 68, 1906 Nr. 37.

28) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 48, 1906 Nr. 37.

29) Es kommt diejenige schriftliche Verfügung in Betracht, welche als imperatives Mandat anzusehen ist. Dies muß sich aus der Verfügung klar ergeben (Beibl. 1885 Nr. 167, 1886 Nr. 81, 1889 Nr. 77, 1891 Nr. 143).



von 8 Wochen von Zustellung der Verfügung oder in den Fällen unter c von der Zustellung des ablehnenden Bescheides der Verwaltungsbehörde an erhoben werden, falls binnen 14 Tagen nach Zustellung der Verfügung eine Beschwerde an den Senat gerichtet wird, von Zustellung des Senatsbescheides an (§ 26 Verhältnisgeſ.).

Die Frist ist eine von Amts wegen zu beachtende Präklusivfrist und unterliegt nicht den Regeln über die Verjährung. Mit Ablauf der Frist erlischt das Klagerecht.[30]

e) Über die Behörde, gegen welche die Klage zu richten ist, vgl. § 24 II.

f) Das Gericht hat das Vorliegen der Voraussetzungen von Amts wegen zu prüfen,[31] da das öffentliche Interesse dies erfordert. Maßgebend ist für das Gericht der Inhalt der Klagebehauptungen. Liegt danach eine Privatrechtsverletzung oder eine Verfügung der Verwaltungsbehörde nicht vor, so ist die Klage unzulässig.

g) Dem Geschädigten steht ein Anspruch auf Beseitigung und Ausgleichung des Eingriffs in seine Privatrechtssphäre zu.[32] Er kann deshalb auf Abhilfe[33] oder Entschädigung[34] wegen des Eingriffs klagen (§ 29 Verhältnisgeſ.). Für beide Klagen gelten dieselben Voraussetzungen, beide Ansprüche können gleichzeitig erhoben werden. Die Frist des § 26 wird für die Schadensklage nicht dadurch gehemmt, daß zunächst auf Abhilfe geklagt wird. Da der Begriff der Abhilfe ganz allgemein ist, insbesondere die Gerichte auch befugt sind, auf Antrag die

30) So mit Recht Beibl. 1903 Nr. 136, 1906 Nr. 37, 207, 1907 Nr. 116; Wulff I S. 141 Anm. 10; Niemeyer S. 14. A. M. Beibl. 1889 Nr. 29, 1899 Nr. 51. Auch abgesehen von der bei Wulff angezogenen Entstehungsgeschichte des Ges. ergibt sich der Charakter der Präklusivfrist aus der öffentlichrechtlichen Natur dieses ganzen Verfahrens. Der Staat hat ein Interesse daran, daß nach einer bestimmten Frist eine Verfügung unanfechtbar dasteht. Nach Beibl. 1906 Nr. 207 soll das Klagerecht erloschen sein, wenn eine frühere Verfügung völlig gleichen Inhalts nicht mehr anfechtbar ist. Doch erscheint dies bedenklich, da jede neue Verfügung formell selbständig ist und daher auch das Recht der Anfechtung von neuem entstehen läßt.

31) Vgl. Hauptbl. 1881 Nr. 74. Die Prüfung des Erfordernisses der Frist von Amts wegen ergibt sich aus Anm. 30.

32) Vgl. Beibl. 1893 Nr. 30, 88; 1899 Nr. 82.

33) Abhilfe begreift nicht nur die Beseitigung bereits entstandener Nachteile in sich, sondern läßt den Gerichten bei der Wahl des einzuschlagenden Weges völlig freie Hand (Beibl. 1886 Nr. 98, 1893 Nr. 88). Die Klage kann auch auf Feststellung gerichtet werden (Beibl. 1886 Nr. 98).

34) Demgegenüber kann der Staat nicht einredeweise geltend machen, daß er den Schaden auch verursacht haben würde, falls er zulässige Maßregeln ergriffen hätte (Beibl. 1893 Nr. 30).

Feststellung zu treffen, daß die obrigkeitliche Verfügung nicht zu Recht erlassen ist, kann der dem Privaten zustehende Anspruch nicht als ein rein privatrechtlicher angesehen werden. Er hat vielmehr öffentlichrechtlichen Charakter. Daraus ergibt sich die Berechtigung für das Landesrecht, über das gerichtliche Verfahren besondere Vorschriften, wie unter c, d angegeben, zu treffen.

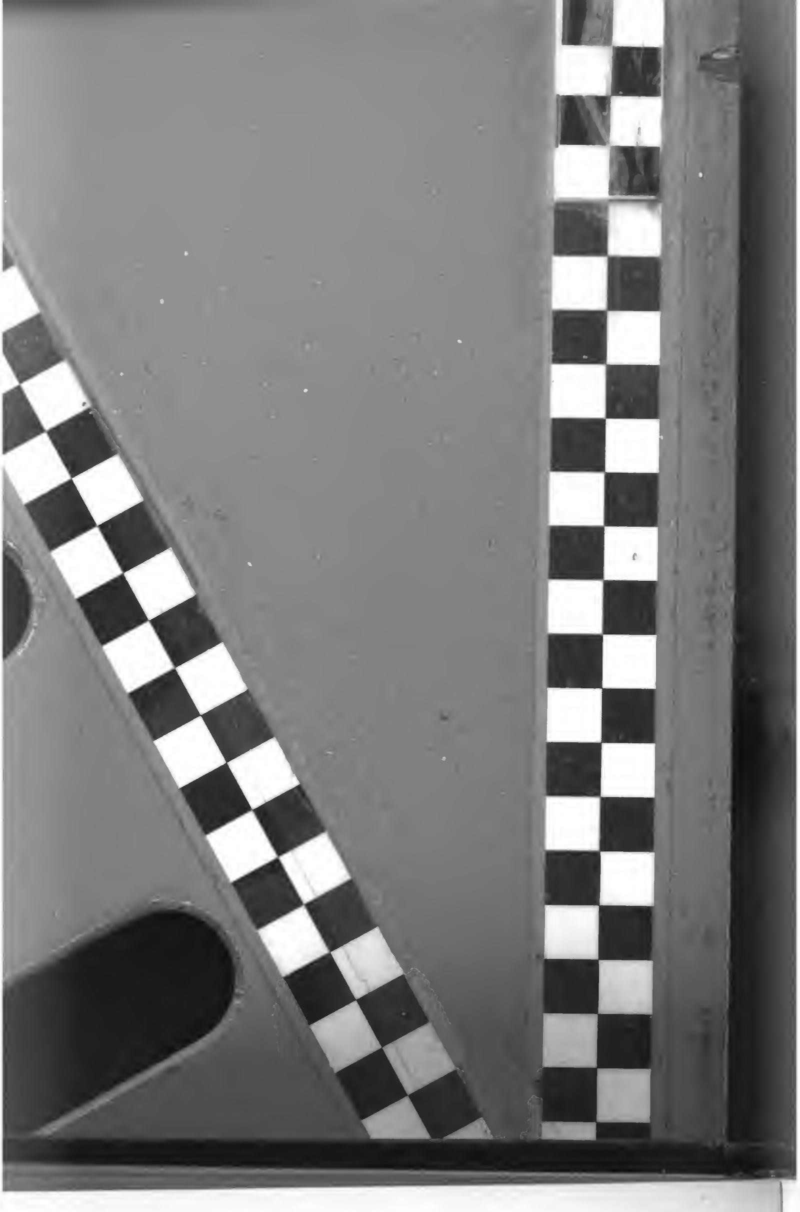
Ein Anspruch auf Vornahme einer Amtshandlung seitens der Behörde ist dem Privaten nicht gegeben,[35] da dies ein Eingriff in die Rechte der Verwaltung sein würde. Erscheint die Verfügung unzulässig, so wird sie vom Gericht unmittelbar aufgehoben, nicht aber kann die Behörde zur Aufhebung verurteilt werden.

Die Klage gegen den Staat schließt hier, anders wie unter 2 c, die Klage gegen den schuldigen Beamten selbst nicht aus. Der Staat haftet hier neben dem Beamten. Wenn auch nach dem Gesetze die Haftung des Staates in der ersten Linie steht, so ist es doch nicht ausgeschlossen, daß der Geschädigte sich zunächst an den Beamten hält. Der Staat und der Beamte haften als Gesamtschuldner.

h) Nach § 70 G.V.G. ist es der Landesgesetzgebung überlassen, Ansprüche gegen den Staat wegen Verfügungen der Verwaltungsbehörden sowie gegen Beamte wegen Überschreitung ihrer Amtsbefugnisse oder wegen pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen den Landgerichten ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zur ausschließlichen Zuständigkeit zu überweisen. Dies ist durch § 75 A.G. z. G.V.G. für Hamburg geschehen. Demnach ist das Landgericht für alle Klagen aus § 24 Abs. 2 Verhältnisges. ausschließlich zuständig, auch ist die Revision in diesen Sachen ohne Rücksicht auf den Streitwert zulässig (§ 547 Ziff. 2 Z.P.O.).

i) Das Gericht hat zu prüfen, ob die getroffene Maßregel im allgemeinen nach Maßgabe bestehender rechtlicher Grundsätze zur Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde gehört und ob in dem zur Entscheidung stehenden Falle die Tatsachen, welche die Verwaltungsbehörde als vor-

35) Vgl. Beibl. 1893 Nr. 60, 98, 151; 1904 Nr. 85. Danach erscheint auch ein Anspruch auf einen öffentlichen Widerruf (a. M. Beibl. 1893 Nr. 88), ebenso wie derjenige auf eine besondere Genugtuung ausgeschlossen (Beibl. 1884 Nr. 122). Art. 89 der Verf. widerspricht dem nicht, da derselbe das Nähere einem besonderen Gesetz überlassen hat und dieses (§ 29 Verhältnisgeſ.) nur die Klage auf Abhilfe oder Entschädigung zuläßt.



handen vorausgesetzt hat, und welche den Grund zu der Maßregel gegeben haben, auch wirklich vorhanden sind.[36] Insbesondere ist bei einer auf Grund des § 19 des Verhältnisgesetzes erlassenen Verfügung nachzuprüfen, ob ein öffentliches Interesse zum Erlaß der Verfügung vorlag. In einer großen Anzahl von Fällen ist aber die Frage, ob eine bestimmte Tatsache vorlag, lediglich nach Verwaltungsgrundsätzen zu beantworten und daher die Verwaltungsbehörde in erster Linie zur Beurteilung der Frage berufen. In solchen Fällen dürfen die Gerichte zu einer abweichenden Beurteilung nur gelangen, wenn das Vorhandensein der Voraussetzungen für die Subsumtion der vorliegenden Tatsachen unter den in Frage stehenden Begriff absolut zu verneinen ist.[37]

Somit sind Feststellungen tatsächlicher Verhältnisse, welche die Verwaltungsbehörden innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit ordnungsmäßig getroffen haben, für die Gerichte bindend (§ 28 Abs. 1 Verhältnisges.).[38] Doch trifft dies nur für diejenigen Fälle zu, in denen die Verwaltungsbehörden eine urteilende Tätigkeit ähnlich wie die Gerichte auszuüben haben, nicht aber eine Tätigkeit, die sich als Ausübung staatlicher Hoheitsrechte darstellt und durch Verwaltungsmaßnahmen kundgibt.[37]

Über das Recht der Nachprüfung der Gerichte bei Rückforderung öffentlicher Abgaben s. S. 305.

k) Das gerichtliche Verfahren hält die Vollstreckung der angefochtenen Verfügung nicht auf. Die Behörde kann trotzdem eine Geldleistung beitreiben oder eine Verfügung vollstrecken. Auch sind die Gerichte nicht befugt, die Verwaltungsbehörden vor gerichtlicher Entscheidung der Hauptsache an der Ausführung ihrer Verfügungen oder sonstiger amtlicher Maßregeln zu hindern (§ 27 Verhältnisges.).

Dies enthält namentlich das Verbot, durch einstweilige Verfügungen in das Verwaltungszwangsverfahren einzugreifen. Dagegen müssen die

---

36) Vgl. Beibl. 1889 Nr. 90; 1897 Nr. 144; 1898 Nr. 34, 36; Entsch. des R.G. 9 S. 205, 38 S. 213. Daß die Gerichte die Zweckmäßigkeit der Verfügung nicht nachzuprüfen haben, ist selbstverständlich (Beibl. 1881 Nr. 97, 1888 Nr. 105).

37) Vgl. Beibl. 1889 Nr. 90.

38) Vgl. Beibl. 1881 Nr. 106, 1882 Nr. 129, 1883 Nr. 147, 175, 1888 Nr. 125, 1894 Nr. 122. Dies kommt namentlich für die Entscheidung technischer Fragen durch die Behörden in Betracht.

Vorschriften der Z.P.O. über die Zwangsvollstreckung, insbesondere auch die vorläufige Vollstreckbarkeit zur Anwendung kommen, sobald ein Urteil in der Hauptsache ergangen ist.[39] Eine Ausnahme besteht nur nach § 21 Abs. 4 des Armengesetzes insofern, als bei einer Klage gegen den Armenverband auf Aufhebung des Beschlusses betr. die Anordnung des Arbeitszwanges das Gericht befugt ist, den Aufschub oder die Unterbrechung der Vollstreckung anzuordnen.

4. Eine Haftung des Staates für einen von einem Richter in Ausübung seines Amtes zugefügten Schaden besteht in Hamburg, abgesehen vom Grundbuchrichter, nicht.

Bez. der Haftung des Staates für Versehen der Grundbuchbeamten nach Reichs- und Landesrecht s. § 71.

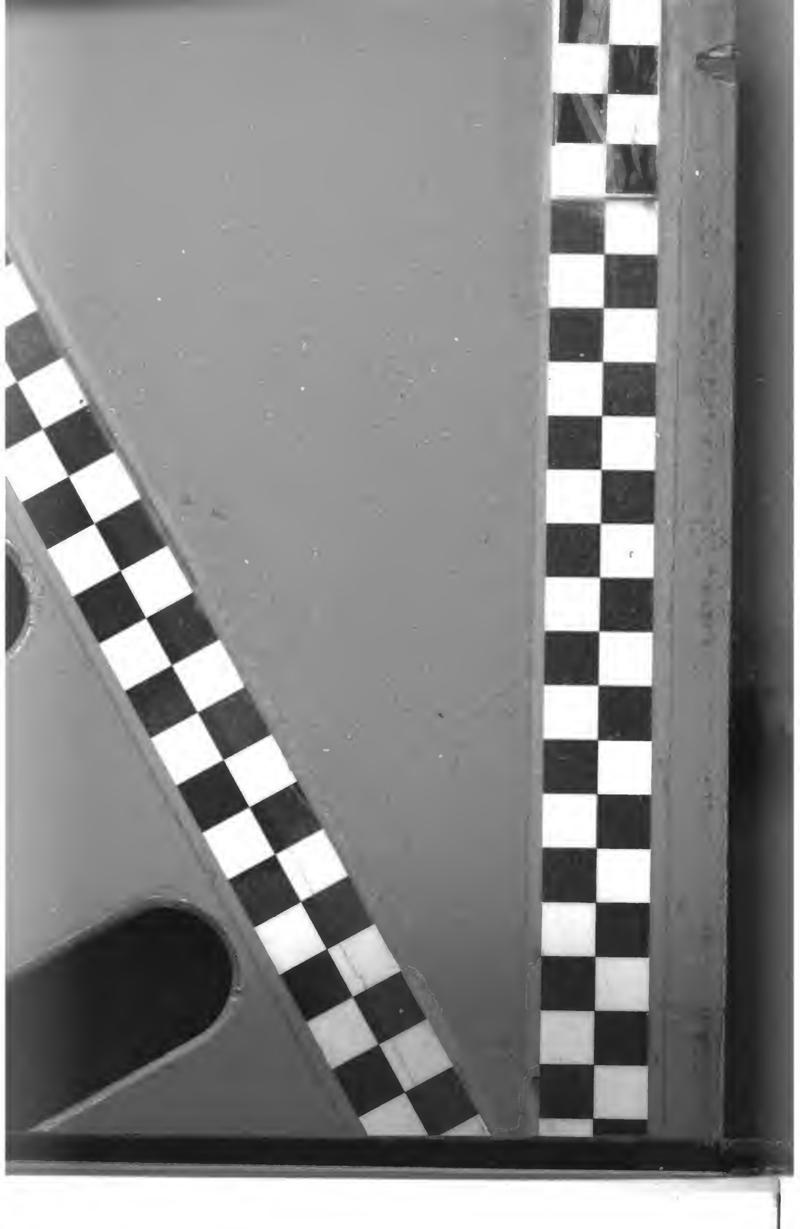
III. Einer besonderen Betrachtung bedarf die Frage der Rückerstattung zu Unrecht erhobener öffentlicher Abgaben.

1. Da es zweifelhaft sein kann, ob die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf Rückerstattung der zu Unrecht erhobenen öffentlichen Abgaben besteht, dem öffentlichen oder dem Privatrecht angehört, hat man ihre Regelung ganz dem Landesrecht überlassen (Art. 104 E.G. z. B.G.B.).

2. In Hamburg bestehen über diese Frage nur vereinzelte positive Rechtssätze. Im übrigen ist es entscheidend, ob der Anspruch unter I oder II zu subsumieren ist, ob er also aus einem privatrechtlichen oder aus einem öffentlichrechtlichen Verhältnis entspringt.

Der Anspruch auf Rückforderung einer zu Unrecht bezahlten öffentlichen Abgabe ist an sich ein privatrechtlicher Anspruch, er beruht darauf, daß der Staat ohne rechtlichen Grund um einen Vermögenswert auf Kosten des Privaten bereichert worden ist. Aber diese Bereicherung des Staates, durch welche der Private geschädigt worden ist, ist nicht auf Grund privatrechtlicher

39) Vgl. Beibl. 1887 Nr. 147, 1888 Nr. 78, auch Entsch. des R.G. 25 S. 406. Mit Recht nimmt Wulff I S. 142 Anm. 3 an, daß eine Ausdehnung obiger Vorschrift auf die vorläufige Vollstreckbarkeit mit der Z.P.O. im Widerspruch stehen würde. Es erscheint überhaupt fraglich, ob die Bestimmung des § 27 Abs. 2 Verhältnisges. nicht im Widerspruch mit der Z.P.O. steht. Falls es sich hier um privatrechtliche Ansprüche handelt, dürfte die Landesgesetzgebung nicht befugt sein, in die Vorschriften der Z.P.O. nach dieser Richtung einzugreifen. Rechtfertigen läßt sich die Vorschrift nur, wenn man den Ansprüchen einen öffentlichrechtlichen Charakter zuerkennt.



Verpflichtungen dem Staate zugeflossen, sondern kraft seiner öffentlichen Gewalt. Auch wenn der Private ohne besondere Verfügung gezahlt hat, hat er die Zahlung nicht zur Erfüllung einer privatrechtlichen, sondern einer öffentlichrechtlichen Pflicht geleistet. Die Verpflichtung des Staates, welcher diese Zahlung durch seine Beamten angenommen hat, zur Rückgabe richtet sich also durchweg nach dem unter II Ausgeführten, wenn sie sich auch selbst als privatrechtliche Verbindlichkeit darstellt.[40] Soweit hiernach eine Rückforderung des Gezahlten gänzlich ausgeschlossen wird, ist diese Vorschrift durch Art. 104 E.G. gedeckt.

a) Eine Rückforderung im Wege der Zivilklage ist zulässig, aber auch nur dann zulässig, wenn die Abgabe durch eine „Verfügung" oder „Maßregel" dem Privaten auferlegt worden war. In diesem Falle kommen die Grundsätze unter II zur Anwendung.

α) Zulässig ist die Rückforderung bei allen öffentlichen Abgaben, bei Gerichtskosten, direkten und indirekten Steuern, auch bei Reichssteuern und Zollgefällen.[41]

---

40) So auch Hauptbl. 1889 Nr. 85, 124; Beibl. 1900 Nr. 48, 1902 Nr. 35, 1903 Nr. 136, 1905 Nr. 72 I, II, 1906 Nr. 51, 124; vgl. auch Beibl. 1884 Nr. 112; Entsch. des R.G. 11 S. 65 ff., 22 S. 288, 25 S. 330. A. M. Beibl. 1904 Nr. 44; Wulff I S. 277 Anm. 8. Nicht ganz klar ist Wulff I S. 138 Anm. 3. Bei der Scheidung zwischen § 24 Abs. 1 und Abs. 2 muß man den Nachdruck auf den Ursprung des Anspruchs legen, darauf, ob derselbe aus einem privatrechtlichen oder aus einem öffentlichrechtlichen Verhältnis entspringt, denn um privatrechtliche Ansprüche handelt es sich in beiden Absätzen. Bei dieser Fassung des Hamburgischen Gesetzes wird man der allgemeinen Theorie (vgl. Wach, Handbuch des Z.P.Rechts S. 86 ff.) einen allzugroßen Einfluß nicht einräumen dürfen. Ebensowenig können die Ausführungen bei Oertmann S. 243 und Kisch S. 321 in Betracht kommen, da das Hamburgische Recht besondere Grundsätze hierüber aufstellt. Der Hamburgischen Rechtsanschauung widerspricht jedenfalls die u. a. von Jellinek (System der öffentl. Rechte 2. Aufl. S. 63) aufgestellte Theorie, daß aus einem öffentlichrechtlichen Verhältnis nur öffentlichrechtliche Ansprüche entspringen können. Zu letzterem vgl. die oben erwähnten Entsch. des R.G., dazu noch Bd. 57 S. 352 und Beibl. 1907 Nr. 69.

41) Da für die Rückforderung der Zölle, abgesehen von §§ 12, 15 des Vereinszollgesetzes v. 1. Juli 1869, kraft Reichsrechts der Rechtsweg nicht ausgeschlossen ist, so kommen die landesgesetzlichen Vorschriften zur Anwendung, demnach sind die Zollgefälle ebenso zu behandeln wie die übrigen öffentlichen Abgaben (Beibl. 1890 Nr. 125, 132; 1891 Nr. 66; 1900 Nr. 48; Entsch. des R.G. 27 S. 45). Dasselbe gilt für die Reichsstempelabgaben (Hauptbl. 1884 Nr. 37; Entsch. des R.G. 11 S. 65). Die Klage auf Rückforderung ist in beiden Fällen gegen denjenigen Fiskus zu richten, welcher die Abgaben für Rechnung des Reichs eingezogen hat. — Keine öffentlichen Abgaben im Sinne dieser Vorschriften sind die Quaigebühren, da der Quaibetrieb ein Privatbetrieb des Staates ist. Hinsichtlich ihrer gelten die Vorschriften des B.G.B. über die ungerechtfertigte Bereicherung. S. § 58 VIII 6.

β) Voraussetzung der Rückforderung ist das Vorliegen des Tatbestandes der ungerechtfertigten Bereicherung. Der Fiskus muß durch die Leistung des Privaten oder auf andere Weise auf Kosten des Privaten eine Zahlung ohne rechtlichen Grund erlangt haben, die in der Verfügung angeordnete Zahlung muß unbegründet gewesen sein (§ 812 B.G.B.).

γ) In besonderem Maße kommt hier in Betracht, daß eine ordnungsmäßige Feststellung tatsächlicher Verhältnisse für die Gerichte bindend ist. Namentlich die technische Unterordnung unter gewisse Rubriken des Zolltarifs ist der Nachprüfung der Gerichte entzogen.[42] Ebenso ist die Frage, ob ein Gegenstand nach dem Gesetz vom 12. Oktober 1888 betr. die Deklaration für Handels- und Schiffahrtsstatistik des Freihafengebiets steuerpflichtig ist und unter welche Tarifposition er gehört, von den Verwaltungsbehörden definitiv zu entscheiden (§ 28 Abs. 2[43] Verhältnisges.).

b) Eine ausdrückliche Vorschrift über die Rückforderung enthält § 24 Gesetz vom 11. Dezember 1903 betr. die Stempelabgabe.

α) Voraussetzung der Rückforderung ist nicht, daß die Zahlung der zu Unrecht erhobenen Stempelabgabe infolge einer Verfügung oder Maßregel der Behörde erfolgt ist. Auch eine freiwillig gezahlte Abgabe kann zurückgefordert werden. Stets aber wird gefordert, daß die Abgabe unter ausdrücklichem Vorbehalt gezahlt oder zwangsweise beigetrieben worden ist.

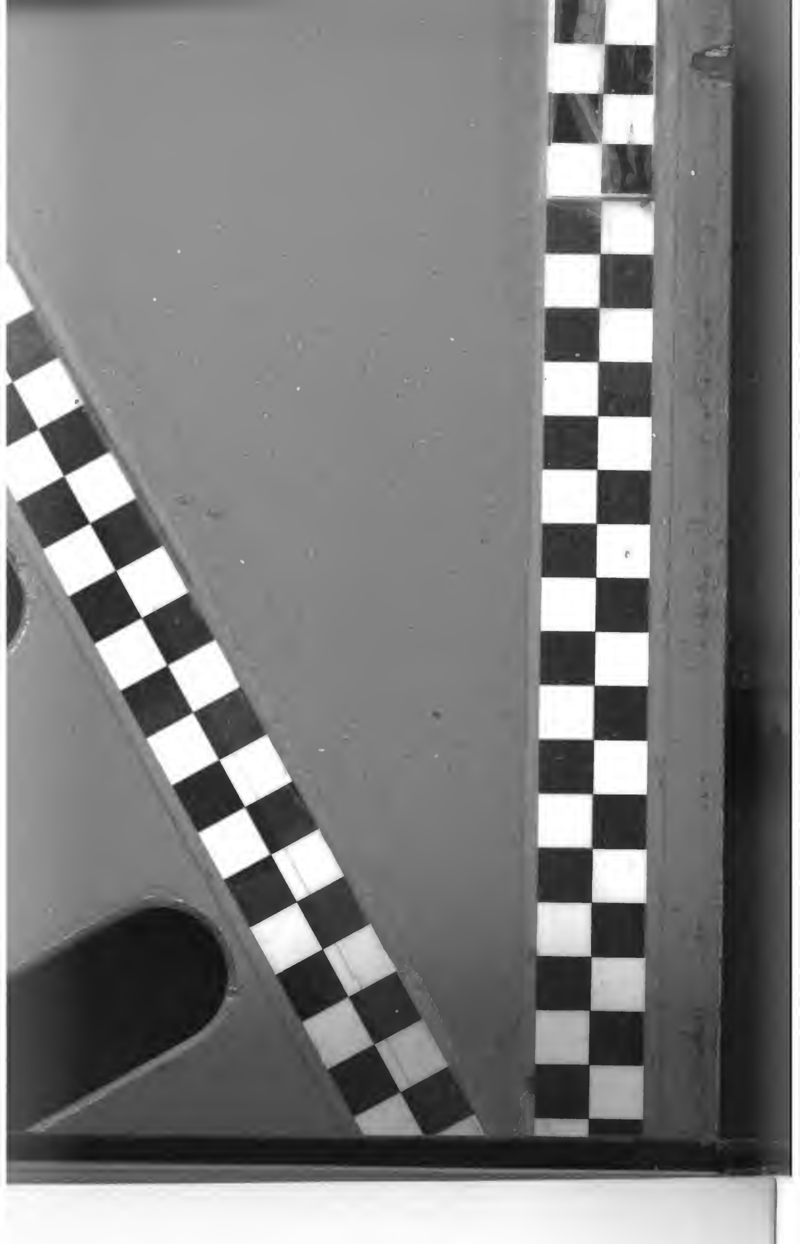
β) Die Klage ist gegen die Deputation für indirekte Steuern und Abgaben, bei Abgaben von letztwilligen Verfügungen und Erbverträgen gegen das Erbschaftssteueramt zu richten.

γ) Die Klage darf erst erhoben werden, nachdem ein schriftlicher Erstattungsantrag von der Deputation oder dem Erbschaftssteueramt ablehnend beschieden oder binnen vier Wochen nicht beantwortet ist, muß aber spätestens binnen sechs Monaten nach der Zahlung erhoben werden, widrigenfalls das Klagerecht erlischt. Diese Frist ist eine Präklusivfrist und ihre Einhaltung von Amts wegen nachzuprüfen (s. S. 300).

---

42) Vgl. Beibl. 1890 Nr. 132. Nach § 12 des Vereinszollges. v. 1. Juli 1869 sind Beschwerden über die Anwendung des Zolltarifs im Verwaltungswege zu entscheiden. Vgl. hierzu Entsch. des R.G. 5 S. 39, 16 S. 37.

43) Die in diesem Paragraphen erwähnte Konsumtionsabgabe ist aufgehoben. — Die strikte Vorschrift des § 28 Abs. 2 Verhältnisges. bezieht sich nur auf die in dem Paragraphen speziell erwähnten Abgaben (Beibl. 1890 Nr. 125).



c) Liegt eine behördliche Verfügung oder Maßregel nicht vor, so kann, abgesehen vom Falle b, die trotzdem bezahlte Abgabe im Rechtswege nicht zurückgefordert werden.

d) Ausgeschlossen ist die Rückerstattung der von dem Erblasser bezahlten Einkommensteuer, ohne Rücksicht darauf, in welchem Zeitpunkt des Steuerjahres der Erblasser verstorben ist (§ 10 Abs. 2 Einkommensteuergef.).

e) Eine Verjährung des Anspruchs, welche von der gewöhnlichen abweicht, besteht nur für den Anspruch auf Rückerstattung von Gerichtskosten. Dieser Anspruch verjährt in vier Jahren (§ 14 Hamb. G.K.G.). S. § 35 II.

IV. Der Regreß des Staates gegen den Beamten.

1. Der Regreß richtet sich nach dem Landesrecht (Art. 80 E.G. z. B.G.B.).[44]

2. Für Hamburg sind (abgesehen von dem Falle unter 3) ausdrückliche Vorschriften über den Regreß des Staates nicht getroffen worden. §§ 30, 31 Abs. 2 Verhältnisgef. verweisen nur ganz allgemein auf die in dieser Beziehung bestehenden Rechtsgrundsätze. Solche Rechtsgrundsätze haben sich im gemeinen Recht ausgebildet hinsichtlich der mit einer Kassenverwaltung betrauten Beamten. Diese haften für die ihrer Verwaltung übergebenen Gelder dem Staate wie aus einem Verwahrungsvertrage. Dieser Grundsatz ist dann auf die Verpflichtung der Beamten zur Erfüllung ihrer Dienstobliegenheiten im allgemeinen ausgedehnt worden.[45] Voraussetzung der Regreßpflicht des Beamten ist aber, daß er subjektiv schuldhaft gehandelt und daß der Staat den Geschädigten befriedigt hat. Der Staat kann dem Beamten den Streit verkünden.

Diese Grundsätze müssen als aufrechterhalten gelten.

3. Besondere Bestimmungen sind getroffen worden hinsichtlich des Regresses gegenüber Grundbuchbeamten und dem Waisenhausdirektor als Anstaltsvormund und -pfleger, wenn diese ein Versehen begangen haben. S. hierüber §§ 71 I 2, 141 II 2.

§ 57. Schadensersatz wegen Forst- und Feldfrevels.[1]

Die landesgesetzlichen Vorschriften über die Verpflichtung zum Ersatze des Schadens, der durch das Zuwiderhandeln gegen ein zum Schutze

44) Vgl. Entsch. des R.G. 56 S. 339.
45) Vgl. Seuff. Arch. 3 Nr. 262; Beibl. 1892 Nr. 71; Hasse, Culpa des röm. Rechts S. 463.
1) Vgl. hierzu auch § 109.

von Grundstücken oder der Erzeugnisse von Grundstücken erlassenes Gesetz verursacht wird, einschl. der Vorschriften über die Entrichtung von Pfand- oder Ersatzgeld, sind unberührt geblieben (Art. 107, 89 E.G. z. B.G.B.).

Solche Vorschriften enthält das Gesetz vom 12. Dezember 1898 betr. Forst- und Feldfrevel.[2]

I. Wertersatz und Ersatzgeld.

1. Dem im Hauptverfahren wegen Forstdiebstahls oder einer Entwendung[3] nach dem Forst- und Feldfrevelgesetz Verurteilten kann im Strafverfahren die Verpflichtung zum Wertersatz auferlegt werden (§ 35 Gesetz betr. Forst- und Feldfrevel).

a) Berechtigt zur Antragstellung ist der Geschädigte, nicht aber seine Erben. Derselbe muß sich der Klage als Nebenkläger anschließen und den in bezug auf die Höhe bestimmten Antrag auf Zuerkennung des Wertersatzes vor der Verkündung des Urteils erster Instanz stellen. Der Antrag kann zurückgenommen, ein zurückgenommener Antrag nicht erneuert werden.[4]

b) Der Strafrichter muß dem Antrag, wenn er materiell begründet ist, entsprechen.

c) Der Wertersatz ist nach den örtlichen Preisen durch Schätzung zu ermitteln, darf aber nicht höher bemessen werden als nach dem Antrage.

d) Der Geschädigte kann in allen Fällen seinen Schaden statt im Strafverfahren im Zivilverfahren geltend machen. Auch wenn er zunächst im Strafverfahren den Anspruch auf Wertersatz durchgesetzt hat, bleibt ihm das Recht zur Geltendmachung eines weiteren Schadensersatzanspruches im Zivilwege erhalten.

2. Bei gewissen Feldpolizeidelikten kann der Geschädigte statt des Schadens ein Ersatzgeld fordern.

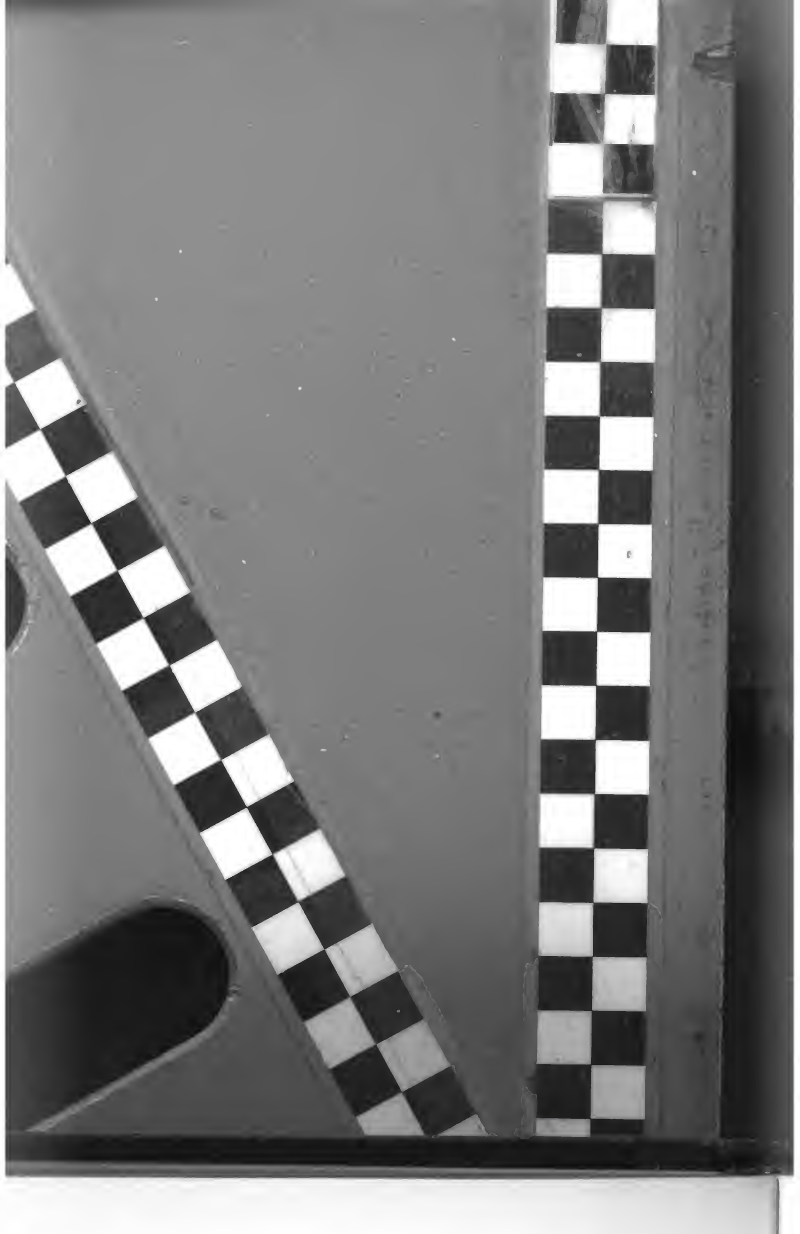
a) Voraussetzung ist das Vorliegen eines Delikts, wegen dessen die Privatpfändung vorgenommen werden darf[5] (§ 36 Gesetz betr. Forst- und Feldfrevel). Das ist

2) Vgl. Wulff II S. 536.

3) Die Entwendung (§§ 15 ff. des gen. Ges.) umfaßt im wesentlichen den Felddiebstahl.

4) Vgl. §§ 443—445 S.P.O.

5) Vgl. § 109. Wenn sich auch das Ersatzgeld aus dem Pfandgeld entwickelt hat, so ist es jetzt doch von der Pfändung ganz unabhängig (s auch Mot. z. E.G. des B.G.B. I. Entw. S. 189 f.).



α) ein Weidefrevel oder

β) ein sonstiges unbefugtes Reiten, Karren, Fahren, Viehtreiben, Holzschleifen, Pflugwenden oder Gehen über fremde Grundstücke, welches mit dem Übertreten von Tieren auf diese Grundstücke verbunden ist.[6]

b) Das Ersatzgeld hat eine gesetzlich bestimmte Höhe, welche sich nach der Kopfzahl des übergetretenen Viehs bestimmt.[7]

c) Wenn auch das Ersatzgeld die Funktion einer Entschädigung hat, so ist es doch unabhängig von dem Nachweise eines Schadens, sowohl der Existenz als auch der Höhe nach. In allen Fällen, in denen die Übertretung feststeht und der Anspruch nicht verjährt ist, muß auf das Ersatzgeld erkannt werden. Der Geschädigte hat aber die Wahl, ob er Erstattung des nachweisbaren Schadens oder Zahlung des Ersatzgeldes fordern will. Wählt er die letztere Alternative, so erlischt der Anspruch auf Schadensersatz. Dagegen kann bis zur Verkündung des Urteils erster Instanz an Stelle des geforderten Schadensersatzes das Ersatzgeld verlangt werden.

d) Der Anspruch auf Ersatzgeld muß ebenso wie derjenige auf Schadensersatz im ordentlichen Verfahren vor dem Zivilgericht geltend gemacht werden. Das Urteil des Strafgerichts über die Übertretung ist für das Zivilgericht nicht bindend.

e) Der Anspruch auf Ersatzgeld verjährt in vier Wochen, und zwar von dem Tage der Tat ab. Hinsichtlich der Unterbrechung der Verjährung gelten die allgemeinen Grundsätze des B.G.B., doch wird die Verjährung auch durch die Erhebung der Klage auf Schadensersatz unterbrochen (§ 37 Gesetz betr. Forst- und Feldfrevel).

f) Für das Ersatzgeld haften der der Übertretung Schuldige und der Besitzer des Tieres als Gesamt-

6) In Betracht kommen die Übertretungen gegen §§ 368 Ziff. 9 S.G.B., 19—21, 29 Ges. betr. Forst- und Feldfrevel.

7) Das Ersatzgeld beträgt, falls die Übertretung auf bestellten Äckern, auf geschonten oder eingefriedigten Wiesen oder Weiden, in Gärten oder Baumschulen, Deichen, Forstkulturen, Schonungen usw. begangen wird, für je ein Pferd, einen Esel, ein Stück Rindvieh 2 Mk., für je ein Schwein, eine Ziege, ein Schaf 1 Mk., für jedes Stück Federvieh 40 Pfg.; doch darf beim Übertritt mehrerer Pferde, Esel, Stück Rindvieh, Schweine, Ziegen und Schafen der Gesamtbetrag für jede Art Tiere 60 Mk., bei Federvieh 12 Mk. nicht überschreiten. In allen andern Fällen beträgt das Ersatzgeld die Hälfte, doch darf beim Übertritt mehrerer Tiere der Gesamtbetrag von 15 Mk., bei Federvieh von 3 Mk. nicht überschritten werden (§§ 38, 29 Ges. betr. Forst- und Feldfrevel).

schuldner. Ebenfalls haften die Besitzer des übergetretenen Viehs als Gesamtschuldner, wenn dasselbe eine gemeinschaftliche Herde bildet (§ 40 Ges.).

Unter dem Besitzer der Tiere wird man hier regelmäßig den Halter derselben im Sinne von § 833 B.G.B. zu verstehen haben.

II. Besondere, von den Vorschriften des B.G.B. abweichende Bestimmungen enthält das Gesetz betr. den Forst- und Feldfrevel über die Haftung des Hausherrn für den von den Hausgenossen verursachten Schaden (§§ 6, 7 Ges.).

1. Der Hausherr haftet für die Geldstrafe,[8] den Wertersatz und die Kosten, zu denen eine unter seiner Gewalt, seiner Aufsicht oder in seinem Dienste stehende Person auf Grund des Gesetzes über den Forst- und Feldfrevel verurteilt wird, soweit dieselbe zu seiner Hausgenossenschaft gehört.

a) Das Gewaltverhältnis braucht kein rechtliches im Sinne der elterlichen Gewalt zu sein, sondern kann ein tatsächliches sein.[9] Doch muß es in den dauernden Beziehungen der Personen zueinander begründet sein. Haftbar ist auch derjenige Elternteil, dem die elterliche Gewalt entzogen ist, wenn er nur tatsächlich die Gewalt über das Kind noch ausübt. Der Ehemann hat keine Gewalt oder Aufsichtspflicht über seine Ehefrau.

b) Das Aufsichtsverhältnis kann auf Gesetz, Vertrag oder freiwilliger Übernahme beruhen. In vielen Fällen wird sich das Gewaltverhältnis mit demselben decken.

c) Die Haftung tritt in allen Fällen nur ein, wenn der Täter sich in der Hausgenossenschaft des Haftpflichtigen befindet, d. h. bei demselben den größten Teil der Zeit zubringt. Daß er bei ihm auch die Nacht zubringt, ist nicht erforderlich.[10]

2. Der Hausherr haftet grundsätzlich nur für den Fall des Unvermögens des Täters, also als Bürge.

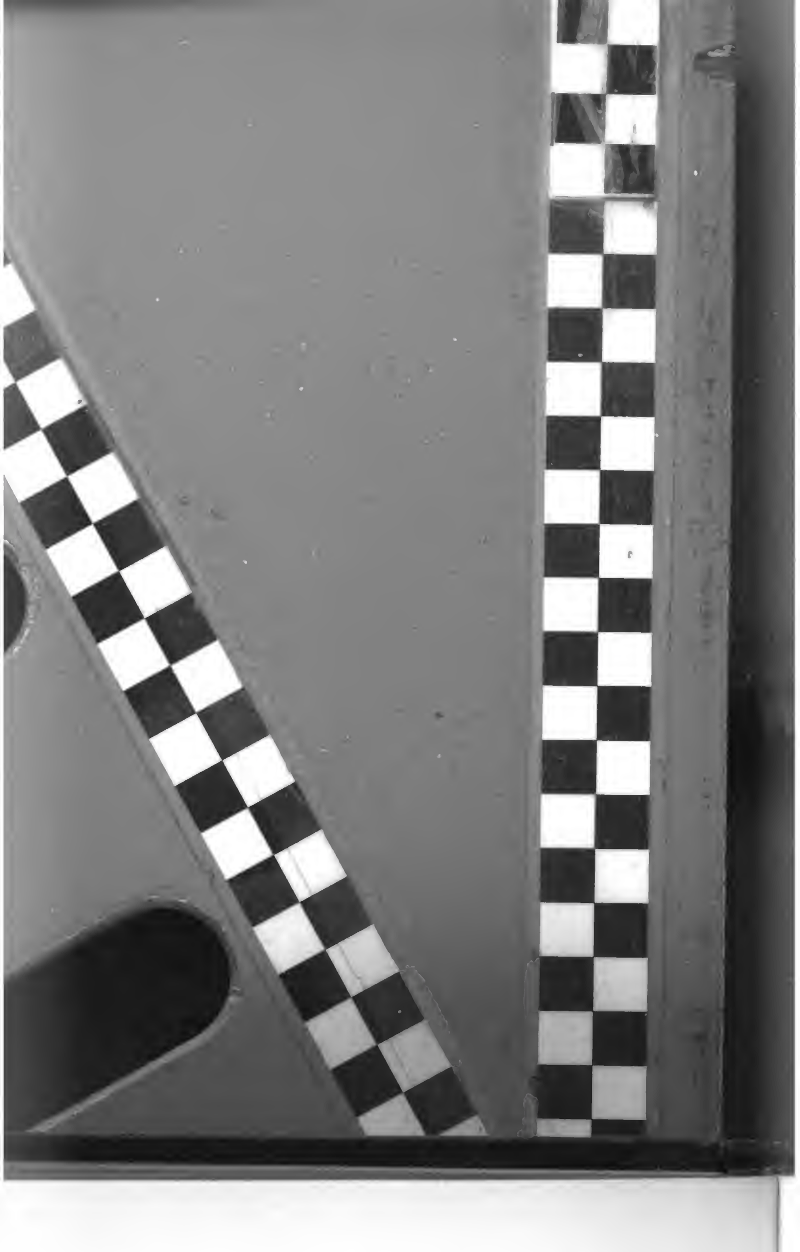
Er haftet aber dem Geschädigten unmittelbar, wenn der Täter

a) unter 12 Jahre alt ist,

b) zwischen 12 und 18 Jahre alt ist und wegen Mangels der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht freizusprechen ist,

---

8) An Stelle dieser Geldstrafe tritt für den Haftpflichtigen keine Haftstrafe im Unvermögensfalle (§ 8 Abs. 2 Ges.).
9) Vgl. Wulff II S. 537 Anm. 12.
10) Vgl. S. 227.



c) wegen eines seine freie Willensbestimmung ausschließenden Zustandes straflos bleibt.

3. Der Hausherr kann seine Haftpflicht dadurch abwenden, daß er beweist, daß die Tat nicht mit seinem Willen verübt ist oder daß er sie nicht hat hindern können.[11]

4. Die Feststellung der Haftpflicht erfolgt stets im Strafverfahren, sie kann auch durch Strafbefehl erfolgen und eventuell in der Strafvollstreckungsinstanz nachgeholt werden (§ 490 S.P.O.).

Die Verurteilung des Haftpflichtigen zur Tragung der Geldstrafe usw. für seine Hausgenossen ist unabhängig von der Verurteilung des Hausherrn zu Strafe deshalb, weil er es unterlassen hat, den Täter von der Begehung der Tat abzuhalten (§ 361 Ziff. 9 S.G.B.).

§ 58. Bestimmungen des See- und Binnenschiffahrtsrechts.

Die Bestimmungen des Reichsrechts über den Seehandel[1] und die Binnenschiffahrt[2] haben nach verschiedenen Richtungen Ergänzung durch das Hamburgische Landesrecht gefunden. Wenn diese Vorschriften auch nicht sämtlich in das Recht der Schuldverhältnisse fallen, so erscheint es doch angebracht, sie an dieser Stelle im Zusammenhange darzustellen.

I. Heimatshafen und Schiffsregister.

1. Als **Heimatshafen** eines Seeschiffes gilt der Hafen, von welchem aus die Seefahrt mit dem Schiffe betrieben wird.

Die Vorschriften des H.G.B., welche sich auf den Aufenthaltsort des Schiffes im Heimatshafen beziehen, können durch die Landesgesetze auf alle oder einige Häfen des Reviers des Heimatshafens ausgedehnt werden (§ 480 H.G.B.). Von dieser Ermächtigung ist in einer die Hamburgischen Häfen betreffenden Weise Gebrauch gemacht worden, und zwar teils durch die Hamburger,[3] teils durch die Preußische Gesetzgebung.

---

11) Die Exkulpationspflicht des Haftpflichtigen ergibt sich aus der Fassung des Gesetzes. So auch Wulff II S. 538 Anm. 1.

1) Vgl. viertes Buch H.G.B.; Ges. betr. das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe v. 22. Juni 1899.

2) Vgl. Ges. betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt v. 15. Juni 1895.

3) Über die frühere Regelung dieser Frage s. die eingehenden Ausführungen bei Wulff III S. 135 Anm. 6. Bemerkenswert ist, daß früher der Heimatshafen nur für die registrierten Schiffe ausgedehnt war, während dies jetzt für alle Seeschiffe geschehen ist.

a) § 4 des Hamb. A.G. z. H.G.B. trifft derartige Vorschriften für Schiffe, welche ihren Heimatshafen in einem Hamburgischen Hafen haben. Dieselben kommen aber nicht zur Anwendung auf diejenigen Schiffe, mit denen die Seefahrt von einem ausländischen Hafen oder einem Hafen des Schutzgebietes oder eines Konsulargerichtsbezirks betrieben wird oder für die es an einem bestimmten Heimatshafen fehlt und für welche der Reeder gemäß § 6 des Gesetzes vom 22. Juni 1899 betr. das Flaggenrecht usw. das Register eines Hamburgischen Hafens gewählt hat.

α) Hinsichtlich des Anspruchs des auf der Reise erkrankten Schiffers auf Pflegekosten bis zur Rückkehr (§ 553 H.G.B.) gelten für Schiffe, welche ihren Heimatshafen in irgend einem Hamburgischen Hafen haben, als Heimatshafen alle Elbhäfen.[4]

β) Hinsichtlich der Vertretungsbefugnisse des Schiffers gegenüber dem Reeder bei Rechtsgeschäften inner- und außerhalb des Heimatshafens (§§ 526, 527 H.G.B.), hinsichtlich der Befugnis des Schiffers zur Eingehung einer Bodmerei (§ 680 H.G.B.), sowie hinsichtlich der Schiffsgläubigerrechte aus Bodmereiverträgen und sonstigen während des Aufenthalts außerhalb des Heimatshafens abgeschlossenen Kreditgeschäften (§ 754 Nr. 6 H.G.B.) gelten für Schiffe, welche ihren Heimatshafen

aa) in einem Hafen des Amtes Ritzebüttel haben, alle Elbhäfen;

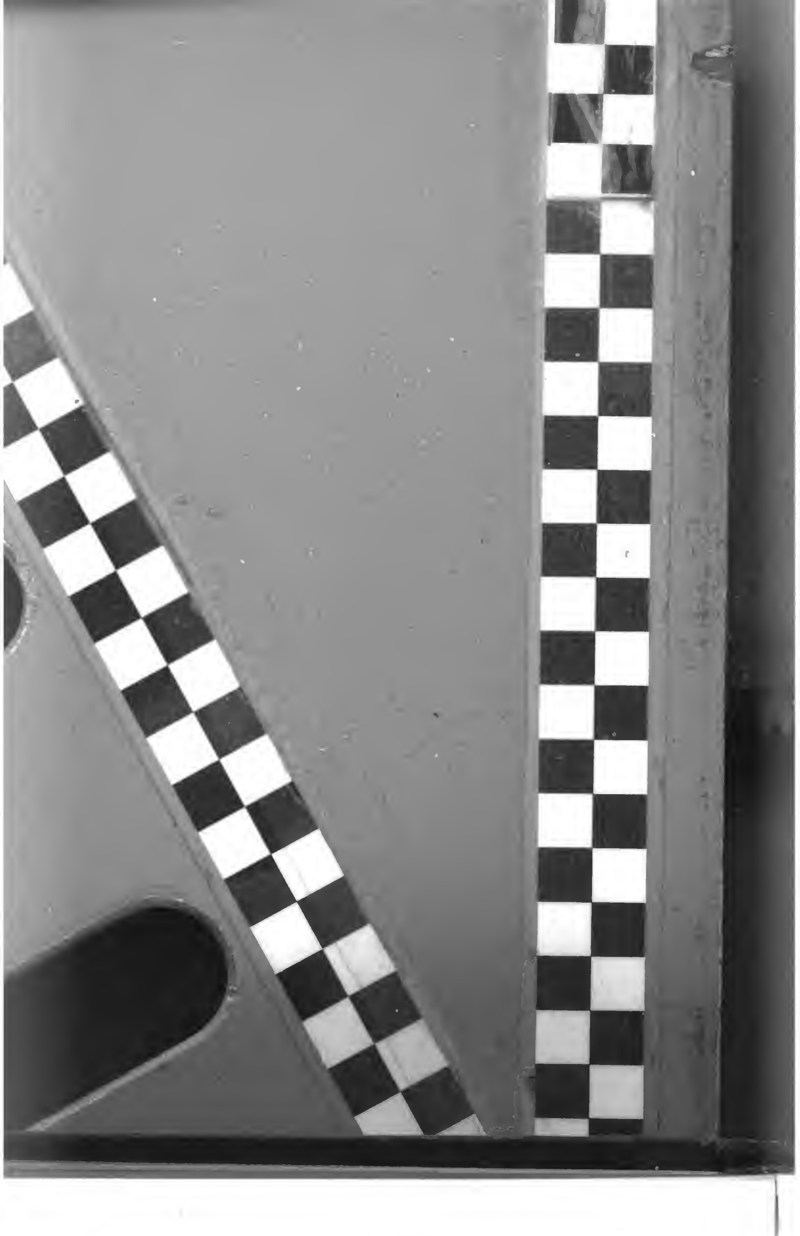
bb) in einem anderen Hamburgischen Hafen haben, alle Hamburgischen Häfen, mit Ausnahme derjenigen des Amtes Ritzebüttel, sowie die Häfen von Altona und Harburg.

γ) Eine weitere Ausdehnung des Heimatshafens ist für solche Schiffe, die ihren Heimatshafen in einem Hamburgischen Hafen haben, nicht erfolgt.[5]

---

4) Streng genommen, fällt diese Vorschrift nicht unter diejenigen, welche sich auf den „Aufenthalt im Heimatshafen" beziehen. Es ist aber allgemein eine ausdehnende Anwendung des § 480 Abs. 2 H.G.B. erfolgt, insbesondere haben auch die anderen Landesgesetze die Bestimmung des § 553 mit herangezogen. Auch nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes (siehe Wulff III S. 137 Anm. 6) dürfte die Gültigkeit der Vorschrift Bedenken nicht unterliegen.

5) Insbesondere ist dies nicht der Fall hinsichtlich des sich nach dem Heimatshafen bestimmenden Gerichtsstandes (§§ 488, 508, 761 H.G.B.), hinsichtlich der Berechnung und Verteilung des Gewinns nach der Rückkehr in den Heimatshafen (§ 502 H.G.B.), hinsichtlich der Auflösung der Reederei oder der Veräußerung des Schiffes, falls es sich im Heimatshafen befindet (§ 506 H.G.B.), da hier schon vom Reichsrecht jeder inländische dem Heimatshafen gleichgestellt und dies jetzt (früher war es anders) auf jeden deutschen Hafen zu beziehen ist, hinsichtlich der Pflicht des Schiffers zur Rechnungs-



b) Für die **preußischen** Elbhäfen ist durch Art. 7 preuß. A.G. z. H.G.B. vom 24. September 1899[6] königlicher Verordnung vorbehalten worden, die Vorschriften über den Heimatshafen auszudehnen, und sind bis zu dem bisher noch nicht erfolgten Erlaß dieser Verordnung aufrechterhalten worden u. a. § 32 E.G. z. H.G.B. für das Königreich Hannover vom 5. Oktober 1864 und § 67 der E.V. zu H.G.B. für die Herzogtümer Holstein und Schleswig vom 5. Juli 1867.

α) Das **Hannoversche** E.G.[7] stellt hinsichtlich der Berechnung und Verteilung des Gewinns nach der Rückkehr in den Heimatshafen (§ 502 H.G.B.), hinsichtlich der Vertretungsbefugnisse des Schiffers gegenüber dem Reeder bei Rechtsgeschäften inner- und außerhalb des Heimatshafens (§§ 526, 527 H.G.B.), hinsichtlich der Pflicht des Schiffers zur Rechnungslegung nach der Rückkehr in den Heimatshafen (§ 534 H.G.B.), hinsichtlich des Anspruchs auf Rückbeförderung und Heuer, falls die Rückkehr nicht im Heimatshafen endet (§ 550 H.G.B.), hinsichtlich des Anspruchs des auf der Reise erkrankten Schiffers auf Pflegekosten bis zur Rückkehr (§ 553 H.G.B.), hinsichtlich der Befugnis des Schiffers zur Eingehung einer Bodmerei (§ 680 H.G.B.), sowie hinsichtlich der Schiffsgläubigerrechte aus Bodmereiverträgen und sonstigen während des Aufenthalts außerhalb des Heimatshafens abgeschlossenen Kreditgeschäften (§ 754 Nr. 6 H.G.B.) alle Häfen und Ankerplätze an der Elbe und ihren Nebengewässern dem an der Elbe oder dessen Nebengewässern belegenen Heimatshafen gleich.

β) Die **schleswig-holsteinische** E.V. macht bez. der Ausdehnung des Heimatshafens dieselbe sachliche Unterscheidung, wie sie gemäß a für die Hamburgischen Häfen gemacht ist.

aa) Hinsichtlich des § 553 H.G.B. (s. unter a α) wird für Schiffe, deren Heimatshafen ein holsteinischer oder schleswigscher Hafen ist, jeder andere schleswigsche oder holsteinische Hafen, sowie jeder Hafen an der Elbe oder Trave dem Heimatshafen gleichgeachtet.

---

legung nach der Rückkehr in den Heimatshafen (§ 534 H.G.B.), hinsichtlich des Anspruches des Schiffers auf Rückbeförderung und Heuer, falls die Rückkehr nicht im Heimatshafen endet (§ 550 H.G.B.), hinsichtlich der Verpflichtung des Schiffers bis zur Rückkehr des Schiffes in den Heimatshafen im Dienst zu verbleiben, da hier jetzt ebenfalls nach dem Reichsrecht jeder inländische dem Heimatshafen gleichgestellt ist (§ 551 H.G.B.).

6) Vgl. Preuß. Ges.Samml. 1899 S. 304; Becher, Ausführungsges. XIV S. 111.

7) Die §§ 506 und 551 H.G.B. können hier fortgelassen werden, da in denselben schon alle inländischen dem Heimatshafen gleichgestellt sind und unter den inländischen alle deutschen Häfen verstanden werden.

bb) Hinsichtlich der §§ 526, 527, 680, 754 Nr. 6 H.G.B. (s. unter a β) sind für Schiffe, deren Heimatshafen Altona ist, die Häfen von Hamburg und Harburg, für Schiffe, deren Heimatshafen Blankenese ist, die Häfen von Altona, Hamburg und Harburg dem Heimatshafen gleichgestellt.

2. Schiffsregister werden für die zum Erwerbe durch die Seefahrt bestimmten Schiffe, die Kauffahrteischiffe, und für die zur Schiffahrt auf Flüssen oder sonstigen Binnengewässern bestimmten Schiffe, die Binnenschiffe, geführt.[8]

a) Führung der Register.

α) Nach § 4 Gesetz vom 22. Juni 1899 betr. das Flaggenrecht der Kauffahrteischiffe werden die Register für diese Schiffe von den Amtsgerichten geführt, doch gestattet § 27 des Gesetzes den Landesgesetzen, die Führung der Register anderen Behörden zu übertragen.

In Hamburg wird das Schiffsregister für Seeschiffe von der Deputation für Handel und Schiffahrt geführt.[9]

β) Nach § 120 des Binnenschiffahrtsgesetzes vom 15. Juni 1895 wird das Register für die Binnenschiffe bei dem für das Handelsregister zuständigen Gericht geführt. Doch ist es auch hier den Landesregierungen gestattet, die Führung des Registers da, wo dieselbe für Seeschiffe anderen Behörden obliegt, diesen zu übertragen.

Für Hamburg ist die Übertragung der Registerführung auf die Deputation für Handel und Schiffahrt erfolgt.[10]

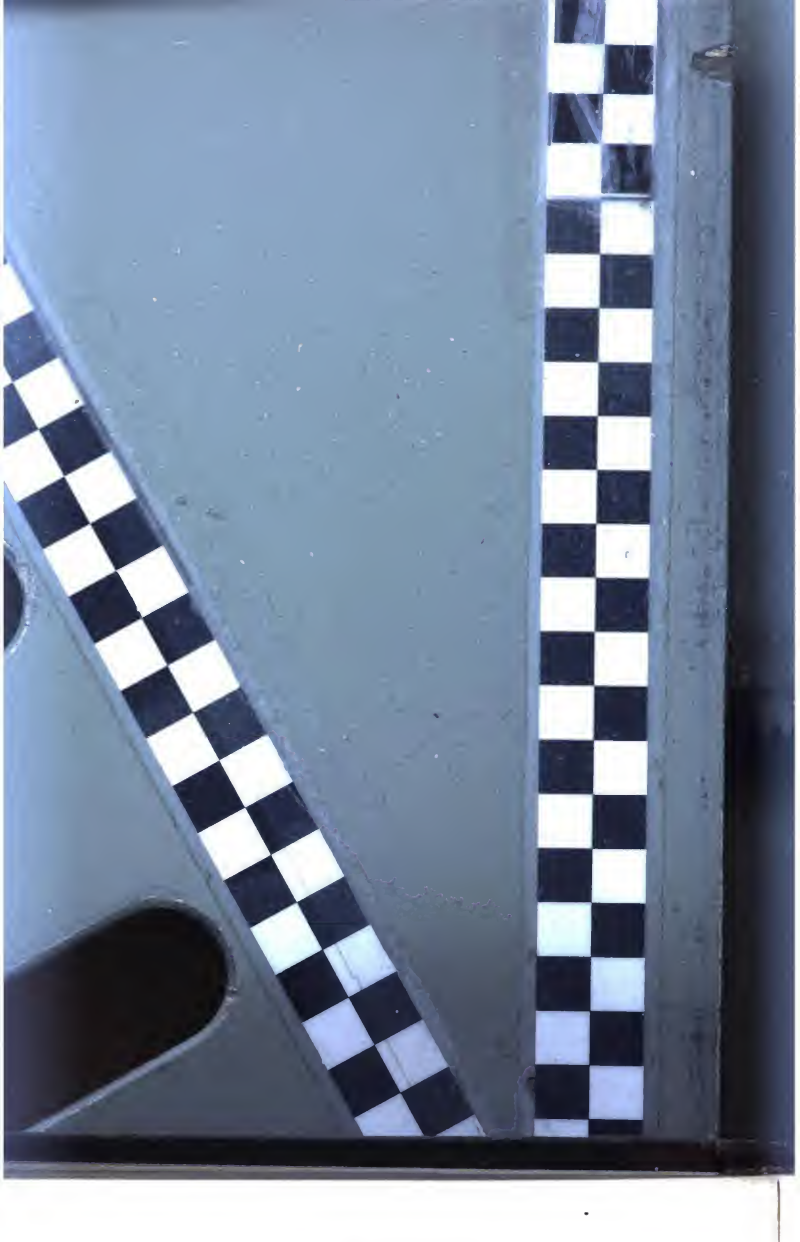
b) Die Registrierungspflicht wird für die Seeschiffe durch das Reichsrecht erschöpfend geregelt.

---

8) Nach der Sen.Ver. v. 25. Jan. 1901 betr. Anmeldung und Bezeichnung der Küsten- und Elbfischerfahrzeuge (Wulff I S. 399) wird für alle gewerbsmäßigen Fischerfahrzeuge bei der Deputation für Handel und Schiffahrt eine Liste geführt, zu welcher jedes Fahrzeug mit Ausnahme der als Hochseefischerfahrzeug registrierten anzumelden ist.

9) Ursprünglich wurde dies Register von der Kommission für die Schiffspapiere geführt, als diese durch Bek. v. 3. März 1873 (Ges.Samml. 1873 S. 13) aufgehoben wurde, ging die Registerführung auf die Deputation für Handel und Schiffahrt über. Das Rev. Ges. über die Organ. der Verwaltung v. 2. Nov. 1896 bezeichnet im § 24 unter 6 b (Wulff I S. 115) die Schiffsregistratur als zum Geschäftskreise dieser Deputation gehörig. Über die Kosten vgl. das Ges. v. 29. Dez. 1899 betr. die Kosten in Schiffsregistersachen (Wulff III S. 367).

10) Dies ist durch Sen.Ver. v. 27. Dez. 1895 (Wulff III S. 153) geschehen. Früher bildete der jetzige § 120 des Binnenschiffahrtsges. den § 121. — Über die Kosten in diesen Registersachen vgl. das in der vor. Anm. erwähnte Gesetz und Nr. 2 der Bek. d. Sen. v. 30. Dez. 1895, sowie Nr. 6 des angefügten Tarifs (Wulff III S. 155).



Für die Binnenschiffe ist reichsrechtlich angeordnet, daß Dampfschiffe und andere Schiffe mit eigener Triebkraft, deren Tragfähigkeit mehr als 15 000 kg beträgt, sowie sonstige Schiffe mit einer Tragfähigkeit von mehr als 20 000 kg registerpflichtig sind (§ 119 Binnenschiffahrtsges.). Doch können die Landesregierungen bestimmen, daß auch Schiffe von einer geringeren Tragfähigkeit in das Schiffsregister einzutragen sind (§ 128 Binnenschiffahrtsges.).

Für Hamburg sind alle unter das Binnenschiffahrtsgesetz fallenden Schiffe mit einer Tragfähigkeit von mehr als 10 000 kg für registerpflichtig erklärt worden.[11]

II. Das H.G.B. stellt in einzelnen Fällen, z. B. bei der Auflösung einer Reederei (§ 506) oder bei festgestellter Reparaturunwürdigkeit oder -unfähigkeit (§ 873), das Erfordernis eines öffentlichen, nicht im Wege der Zwangsversteigerung erfolgenden Verkaufes eines Schiffes oder einer Schiffspart auf.[12]

Zur Vornahme dieser Verkäufe sind zuständig (§ 5 A.G. z. H.G.B.):[13]

1. die Notare,[14]
2. das Gerichtsvollzieheramt und die Gerichtsvollzieher in Ritzebüttel und Bergedorf,[15]
3. von der Deputation für Handel und Schiffahrt besonders ernannte beeidigte Auktionaren.[16]

III. Das Schiffstagebuch.

1. Auf jedem Seeschiffe muß ein Tagebuch geführt werden, doch

11) Dies ist durch die in der vor. Anm. erwähnte Ver. v. 27. Dez. 1895 geschehen. § 128 Binnenschiffahrtsges. war früher § 129.

12) Vgl. auch §§ 530, 628 H.G.B., 3 Ges. v. 22. Juni 1899. betr. das Flaggenrecht.

13) Früher war nach § 42 Ges. v. 14. Juli 1879 das Amtsgericht hierfür zuständig. Durch § 27 A.G. z. Z.V.G. ist dies Gesetz aufgehoben und dafür obige Bestimmung getroffen worden.

14) Vgl. § 6 Ziff. 3 Ges. v. 29. Dez. 1899 betr. das Notariat. Bez. der Gebühren vgl. § 24 Gebührenordn. für Notare v. 29. Dez. 1899.

15) Vgl. § 4 Ges. v. 29. Dez. betr. das Gerichtsvollzieherwesen; §§ 98, 102 Instr. für das Gerichtsvollzieheramt v. 1. Jan. 1900. Bez. der Gebühren vgl. § 17 Ges. betr. das Gerichsvollzieherwesen.

16) Die Ernennung erfolgt in Gemäßheit des § 7 Ges. v. 20. Dez. 1871 betr. Aufhebung des Instituts der beeidigten Mäkler und Ernennung von beeidigten Auktionatoren (Wulff I S. 350), § 4 eines voraussichtlich demnächst zu veröffentlichenden neuen Gesetzes. Vgl. auch Bek. der Dep. für Handel und Schiffahrt v. 21. Dez. 1871 betr. Regulativ für die beeidigten Auktionatoren und die Mäklergebührentaxe v. 28. Dez. 1874 unter II (Wulff I S. 353).

kann landesgesetzlich bestimmt werden, daß auf kleineren Fahrzeugen die Führung eines solchen Buches nicht erforderlich ist (§§ 519, 521 H.G.B.).

Hamburg hat von diesem Vorbehalte Gebrauch gemacht, indem es die näheren Bestimmungen hierüber der Verordnung des Senats überlassen hat. Bis zum Erlaß einer solchen Verordnung, welche bisher noch nicht erfolgt ist, ist auf kleineren Fahrzeugen für kurze Küstenfahrten die Führung eines Tagebuches nicht erforderlich (§ 6 A.G. z. H.G.B.).[17]

a) Hinsichtlich der Größe der Schiffe ist eine Grenze nicht bestimmt. Man wird unter kleineren Schiffen vornehmlich solche zu verstehen haben, welche nur für kurze Küstenfahrten bestimmt sind, ferner Leichterschiffe und dergl.

b) Auch der Begriff der kurzen Küstenfahrt ist nicht ausdrücklich umgrenzt. Im Anschluß an die Reichsbekanntmachung vom 6. August 1887 betr. den Nachweis der Befähigung als Seeschiffer und Seesteuermann auf deutschen Kauffahrteischiffen, welche die Küstenfahrt definiert, und an die Unfallverhütungsvorschriften der Seeberufsgenossenschaft,[18] welche den Begriff der kleinen Küstenfahrt feststellen, wird man unter einer kurzen Küstenfahrt die Fahrt zwischen allen Plätzen der Festlandküste und den Küsten der Inseln der Nordsee vom Kap Gris-Nez bis zum Aggerkanal zu verstehen haben, einschließlich der Fahrten vom Festlande nach Helgoland, im Kattegat südlich von Frederikshawn und Gothenburg, in den Belten und im Sund, sowie längs der Küsten der Ostsee.

2. Über die Art der Führung des Tagebuchs schreibt das H.G.B. nur einzelnes vor. Daher werden diese Bestimmungen durch landesrechtliche Vorschriften wesentlich ergänzt. Diese Vorschriften, welche auf einer Vereinbarung der Regierungen der Seeuferstaaten beruhen, sind enthalten in der mit Zustimmung der Bürgerschaft erlassenen Senatsver. vom 21. März 1904.[19]

a) Das Tagebuch ist für jeden bürgerlichen Tag zu führen und während 5 Jahren, von dem Tage der letzten Eintragung an, aufzubewahren.

b) In das Tagebuch sind einzutragen zunächst die in § 520 H.G.B. aufgezählten Gegenstände, sodann aber noch eine ganze Reihe von Tat-

17) Damit ist die gleichlautende Vorschrift des § 47 des ehemaligen Hamb. E.G. z. H.G.B. aufrechterhalten worden.
18) Vgl. Wulff III S. 138 Anm. 9.
19) Vgl. Ges.Samml. 1904 I S. 195; Wulff IV S. 188.

sachen, welche § 1 der Ver. aufzählt. Hervorzuheben ist in privatrechtlicher Beziehung die Verpflichtung zur Aufnahme eines Vermerks, daß der Kapitän zur Sicherung des Nachlasses an Bord verstorbener Auswanderer[20] die erforderlichen Maßnahmen getroffen und das vorgeschriebene Nachlaßverzeichnis aufgenommen hat, sowie darüber, welchem Konsul das Nachlaßverzeichnis übergeben worden ist.

c) Geburten und Sterbefälle auf Seeschiffen sind während der Reise spätestens am Tage nach der Geburt oder dem Todesfall in dem Tagebuch zu beurkunden (§ 31 Personenstandsges.). Hierbei sind die Zeitangaben nach der bürgerlichen mittleren Zeit des Ortes zu machen, an welchem das Schiff sich zur Zeit der Geburt oder des Todes befand (§ 2 Ver.).

IV. Das H.G.B. stellt an verschiedenen Stellen seine Vorschriften nur für den Fall auf, daß nicht durch Vertrag oder durch die örtlichen Verordnungen und in deren Ermangelung durch den Ortsgebrauch ein Anderes bestimmt ist. Dies ist der Fall hinsichtlich der Kosten der Abladung (§ 561) und der Löschung (§ 593), sowie der Normierung der Ladezeit (§ 568) und der Löschzeit (§ 595).

Ebenso bestimmt das Binnenschiffahrtsgesetz, daß die Vorschriften über die Lade- (§ 29) und Löschzeit (§ 48), sowie über die Höhe des Liegegeldes nur Platz greifen sollen, wenn nicht vertragsmäßig oder durch Verordnung der höheren Verwaltungsbehörde etwas Anderes bestimmt ist.

Zum Erlaß örtlicher Verordnungen wie der Verordnungen der höheren Verwaltungsbehörde ist die Deputation für Handel und Schiffahrt für zuständig erklärt worden, welche überhaupt im Sinne des Binnenschiffahrtsgesetzes als höhere Verwaltungsbehörde gilt.[21]

Auf dem Gebiet des Seerechts ist seitens der Deputation bisher bloß eine Ver. über die Löschzeit erlassen worden, es ist sonach in Ermangelung von Vertragsabreden der Ortsgebrauch, und falls ein solcher nicht besteht, das H.G.B. maßgebend.

Dagegen hat die Deputation auf dem Gebiet der Binnenschiffahrt auch eine Vorschrift über die Ladezeit getroffen.

---

20) Vgl. § 70 Nr. 11 der Vorschr. des Bundesrats über Auswandererschiffe v. 14. März 1898 (R.G.B. 1898 S. 78).

21) Vgl. § 7 A.G. z. H.G.B.; § 133 (früher 141) Binnenschiffahrtsges.; A.B. zum Binnenschiffahrtsges. v. 27. Dez. 1895.

1. Die Ladezeit für Binnenschiffe ist gesetzlich verschieden geregelt, je nachdem ein Schiff im ganzen oder teilweise verfrachtet ist, oder der Frachtvertrag Stückgüter im Gewicht von mehr oder weniger als 10 000 kg zum Gegenstande hat.

a) Bei Verfrachtung eines Schiffes im ganzen bestimmt § 29 Binnenschiffahrtsges. die Dauer der Liegezeit, gewährt aber der höheren Verwaltungsbehörde die Befugnis, etwas Anderes zu bestimmen. Für diesen Fall ist in Hamburg eine Änderung des Gesetzes nicht angeordnet worden.

b) Ist nur ein verhältnismäßiger Teil oder ein bestimmter Raum eines Schiffes verfrachtet oder hat der Frachtvertrag Stückgüter im Gewichte von 10 000 kg oder mehr zum Gegenstande, so kommen nach § 38 Binnenschiffahrtsges. grundsätzlich ebenfalls die unter a genannten Vorschriften zur Anwendung, doch trifft § 38 Ziff. 1 einzelne Änderungen und ist es ferner in Gemäßheit des ebenfalls zur Anwendung gelangenden § 29 Abs. 4 gestattet, durch die höhere Verwaltungsbehörde Änderungen treffen zu lassen. Dies ist in Hamburg für den Verkehr mit der Oberelbe geschehen, für den Verkehr mit der Unterelbe ist es dagegen bei den gesetzlichen Vorschriften geblieben.[22]

Die Änderung des Gesetzes besteht darin, daß die Ladezeit für den einzelnen Absender bei einer von ihm zu liefernden Ladung für Hamburg auf mindestens zwei Tage festgesetzt wird, während das Gesetz sie bei einer Ladung bis zu 50 000 kg auf einen Tag festsetzt. Im übrigen ist es, soweit nicht eine Vereinbarung besteht, bei den gesetzlichen Vorschriften geblieben.

c) Hat der Frachtvertrag Stückgüter im Gewichte von weniger als 10 000 kg zum Gegenstande, so muß der Absender ohne Verzug die Lieferung bewirken (§ 39 Binnenschiffahrtsges.). Nach dieser Richtung ist der höheren Verwaltungsbehörde eine Befugnis zur Abänderung überhaupt nicht gegeben.

2. Über die Dauer der Löschzeit bestehen sowohl für Seeschiffe als auch für Binnenschiffe landesrechtliche Vorschriften.

a) Für Seeschiffe ist die Löschzeit geregelt für den Hafen von

22) Vgl. Bek. der Deput. für Handel und Schiffahrt v. 31. Jan. 1896 (Ges.Samml. 1896 II S. 10; Wulff III S. 156).



Hamburg durch die Ver. vom 29. Dezember 1899 betr. Löschzeit für Seeschiffe im Hamburgischen Hafen.[23]

α) Bei der Verfrachtung eines Schiffes im ganzen hat der Schiffer, sobald er zum Löschen fertig und bereit ist, dies dem Empfänger anzuzeigen und beginnt mit dem auf die Anzeige folgenden Tage die Löschzeit (§ 594 H.G.B.).[24] Ist der Empfänger dem Schiffer unbekannt, so ist die Anzeige durch öffentliche Bekanntmachung in ortsüblicher Weise zu bewirken. Diese ortsübliche Weise bestimmt die Ver. dahin, daß die Bekanntmachung in dem Hamburgischen Korrespondenten und in den Hamburger Nachrichten zu erfolgen hat.[25]

Die Dauer der Löschzeit setzt § 2 der Ver. für Segelschiffe und Dampfschiffe je nach dem zu löschenden Quantum, bei Dampfschiffen auch nach der Art der Ware, und zwar für Sommer und Winter besonders fest. Diese Bestimmungen kommen aber nur unter der Voraussetzung zur Anwendung, daß Schiffer und Empfänger mit tunlichster Beschleunigung verfahren und nicht nur das durch die Ver. festgesetzte Durchschnittsquantum, sondern unter Umständen auch mehr löschen.[26] Die Löschzeit kann mithin unter Umständen kürzer bemessen werden, als nach der Verordnung.

In gewissen Fällen tritt eine Verlängerung der Löschzeit ein, und zwar um einen Tag, wenn die Anzeige dem Empfänger an einem Sonntag oder einem staatlich anerkannten Feiertage oder an einem Werktage nach 2 Uhr nachmittags zugeht, oder wenn ein Sonntag oder anerkannter Feiertag in die Löschzeit fällt, um eine Anzahl von Stunden, soweit während derselben durch Wind und Wetter oder irgend einen anderen Zufall die Beförderung jeder Art

---

23) Vgl. Ges.Samml. 1899 II S. 205; Wulff III S. 146; Boyens, Seerecht II S. 369. Diese Ver. ist durch die Ver. v. 29. Dez. 1904 (Ges.-Samml. 1904 II S. 368, Wulff IV S. 323) in den §§ 1 und 3 abgeändert worden.

24) Diese durch Landesrecht nicht abänderbaren Sätze wiederholt die Ver. v. 29. Dez. 1899. Der auf die Anzeige folgende Tag ist der erste Tag der Frist.

25) Insoweit kommt die Bestimmung auch auf vertragsmäßige Löschfristen zur Anwendung. Vgl. Boyens II S. 192 Anm. 2.

26) Über die Frage der Beweislast hinsichtlich einer Verzögerung beim Löschen vgl. Entsch. des R.O.H.G. 19 S. 94; Seuff. Arch. 48 Nr. 116; Hauptbl. 1901 Nr. 65.

von Ladung von dem Schiffe an das Land oder die Ausladung aus dem Schiffe verhindert ist.[27] Für die Zeit, um welche hiernach die Löschzeit verlängert wird, ist Liegegeld nicht zu fordern.[28]

Eine entsprechende Verkürzung der Löschzeit tritt ein, wenn vor Ankunft im Hafen eine teilweise Löschung in anderen Häfen oder in Leichter stattgefunden hat. Leichter sind ohne Verzug zu entlöschen (§ 5 Ver.).

β) Ist ein verhältnismäßiger Teil oder ein bestimmter Raum des Schiffes verfrachtet, so kommen nach § 603 H.G.B. die Vorschriften über die Entlöschung im ganzen verfrachteter Schiffe entsprechend zur Anwendung. Dementsprechend bestimmt § 6 der Ver., daß jedem Teilempfänger von der Löschbereitschaft seiner Teilladung Anzeige zu machen ist. Dies dürfte dem § 594 Abs. 1 H.G.B. entsprechen.

Die Dauer der Löschzeit wird bei diesen Ladungen derart bestimmt, daß jeder Teilempfänger von der für das Schiff im ganzen festgesetzten Löschzeit eine dem Verhältnis des Teils zu dem Gesamt-Raumgehalt des Schiffes entsprechende Teillöschzeit zu beanspruchen hat.[29] Diese Vorschrift enthält die zulässige örtliche Verordnung über die Dauer der Löschzeit.

γ) Stückgüter hat der Empfänger auf die Aufforderung des Schiffers ohne Verzug abzunehmen. Ist der Empfänger dem Schiffer unbekannt, so ist die Aufforderung durch öffentliche Bekanntmachung in ortsüblicher Weise zu bewirken (§ 604 H.G.B.). Diese Bekanntmachung hat wie im Falle α durch Einrückung in die dort genannten Zeitungen zu erfolgen. Auf die gleiche Weise kann der Schiffer den Befrachter benachrichtigen, wenn er gemäß § 601 H.G.B. die Güter hinterlegen will, doch kann der Befrachter auch direkt benachrichtigt werden.[30]

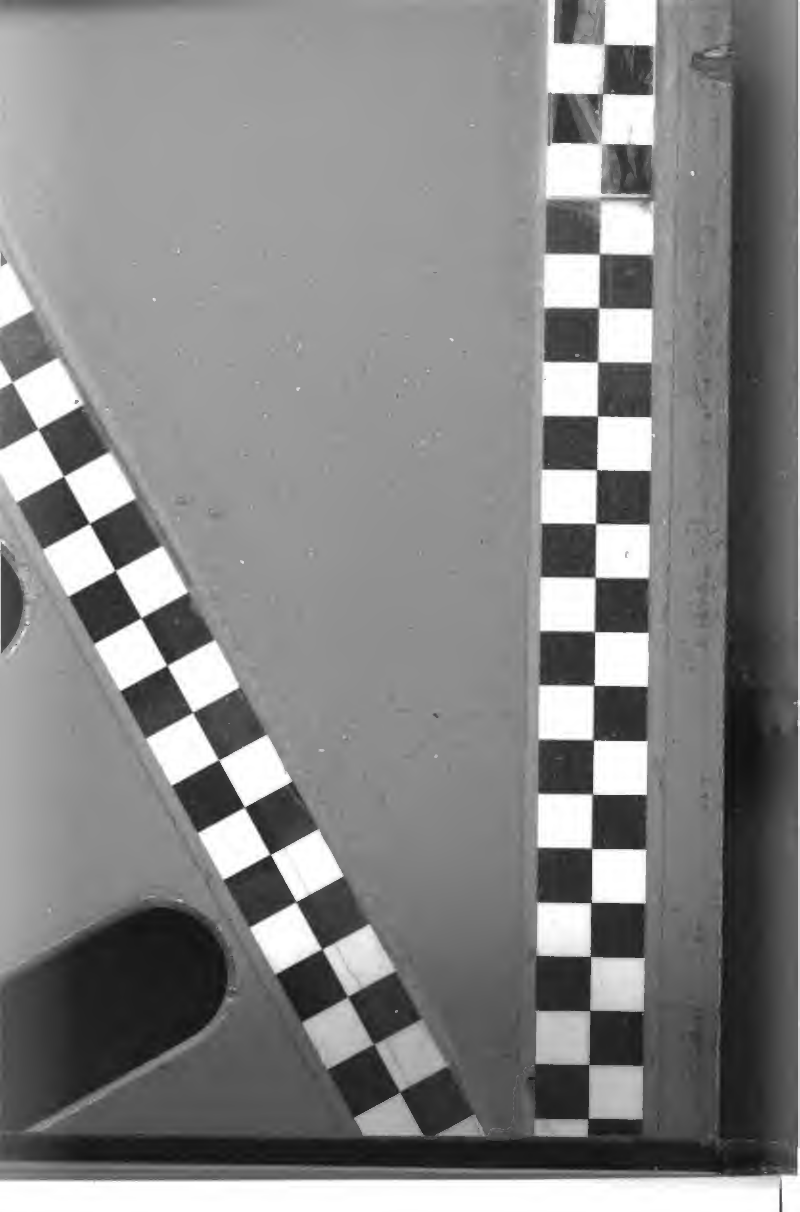
---

27) Diese in den §§ 3, 4 der Ver. getroffenen Vorschriften weichen zum Teil von den Vorschriften der §§ 597, 598 H.G.B., namentlich auch insofern, als die letzteren eine Berechnung nur nach ganzen Tagen kennen, ab. Doch ist diese Abweichung nach § 599 H.G.B. zulässig, da sie sich auf die Dauer der Löschzeit bezieht und diese durch örtliche Verordnungen geregelt werden darf.

28) Auch diese teilweise Abweichung von § 598 H.G.B. wird durch § 599 gedeckt.

29) Es hat also nicht jeder Empfänger die Löschzeit, wie er sie zu beanspruchen hätte, wenn das Schiff mit seiner Teilladung im ganzen befrachtet wäre.

30) Vgl. § 7 der Ver. v. 29. Dez. 1899.



b) Über die Löschzeit bei **Binnenschiffen** ist eine landesrechtliche Vorschrift ebenso wie über die Ladezeit in der Bekanntmachung der Deputation für Handel und Schiffahrt vom 31. Januar 1896[22] getroffen worden. Dieselbe bezieht sich aber nur auf den Verkehr mit der Oberelbe.[31]

α) Ist das Schiff im ganzen verfrachtet, so beträgt nach der Bekanntmachung vom 31. Januar 1896 (Nr. 2) die Mindestlöschzeit vier Tage, während nach dem Binnenschiffahrtsges. (§§ 48, 29) bei Ladungen bis zu 100 000 kg die Löschzeit kürzer ist.

β) Ist nur ein Teil oder ein bestimmter Raum des Schiffes verfrachtet, oder hat der Frachtvertrag Stückgüter im Gewichte von 10 000 kg oder mehr zum Gegenstande, so beträgt nach der Bekanntmachung vom 31. Januar 1896 (Nr. 3) die Mindestlöschzeit ebenfalls vier Tage, während nach dem Binnenschiffahrtsges. (§ 53) die Löschzeit bei Ladungen bis zu 20 000 kg kürzer ist.

V. Das Recht der **Verklarung** ist im Reichsrecht[32] ziemlich erschöpfend geregelt, seitdem durch § 145 F.G.G. das Verklarungswesen den Amtsgerichten überwiesen worden ist. Danach sind die Hamburgischen partikularen Vorschriften über das Verklarungswesen fast ganz beseitigt.

1. Dies gilt zunächst von der Vorschrift des § 1 des Gesetzes vom 30. Januar 1891 betr. das Verklarungswesen, welche dies Institut der **Zuständigkeit** der **Amtsgerichte** überweist. Diese Vorschrift gilt nur noch, soweit das Hamburgische Recht die Zulässigkeit der Verklarung ausdehnt.[33]

2. Das gen. Gesetz (§ 2) dehnt die **Verklarung** dahin aus, daß jeder Führer eines **Flußfahrzeuges** zu ihr über alle Unfälle,

31) Die Handelskammer hat im September 1880 Löschusancen für oberelbische, am 1. September 1889 solche für unterelbische Fahrzeuge veröffentlicht (Wulff III S. 158, 161). Nach der Bek. der Handelskammer v. 28. Dez. 1895 (Wulff III S. 158) sind diese außer Kraft getreten, soweit sie mit dem Binnenschiffahrtsges. im Widerspruch stehen. — Diese Usancen waren nach der Entscheidung im Hauptbl. 1891 Nr. 45 nicht bloß tatsächliche Handelsgebräuche, sondern Handelsgewohnheitsrecht. Man wird Wulff (III S. 158 Anm. 5) darin zustimmen müssen, daß diese Usancen, soweit Handelsgewohnheitsrecht jetzt nicht mehr zulässig ist, als Handelsgebräuche in Betracht kommen.

32) Vgl. §§ 522—524 H.G.B., §§ 11—14 Binnenschiffahrtsges.

33) Sie gilt ferner noch hinsichtlich der Bestimmung des Abs. 2, nach welcher bei Abnahme der Verklarung der Richter weder durch einen Assessor noch einen Referendar vertreten werden darf.

die das Fahrzeug betroffen haben, zugelassen werden soll. Seit dem Inkrafttreten des Binnenschiffahrtsges. hat diese Vorschrift keine praktische Bedeutung mehr.[34]

3. Für die Aufnahme von Seeprotesten sind die Notare für zuständig erklärt worden (§ 3 Gesetz vom 30. Januar 1891).[35]

4. Das Verfahren in Verklarungssachen ist auf Grund § 5 Gesetz vom 30. Januar 1891 durch die Sen.Ver. vom 25. Mai 1891 geregelt worden. Dieselbe ist aber nur noch insoweit in Kraft, als sie nicht dem H.G.B., dem Binnenschiffahrtsges. oder dem F.G.G. widerspricht, vielmehr nur Ergänzungen dieser Gesetze enthält.[36]

VI. Vor der Übernahme der Güter durch den Empfänger kann sowohl der Empfänger als der Schiffer, um den Zustand oder die Menge der Güter festzustellen, ihre Besichtigung durch die zuständige Behörde oder durch die zu dem Zwecke amtlich bestellten Sachverständigen bewirken lassen (§ 608 H.G.B.).

1. Die Bestimmung der „zuständigen Behörde" ist Sache des Landesrechts. In Hamburg besteht eine solche Behörde, welche die Besichtigung selbst vornimmt, nicht.[37]

2. Die amtlich zu bestellenden Sachverständigen können nach § 164 F.G.G. auf Antrag vom Amtsgericht bestellt werden.[38]

---

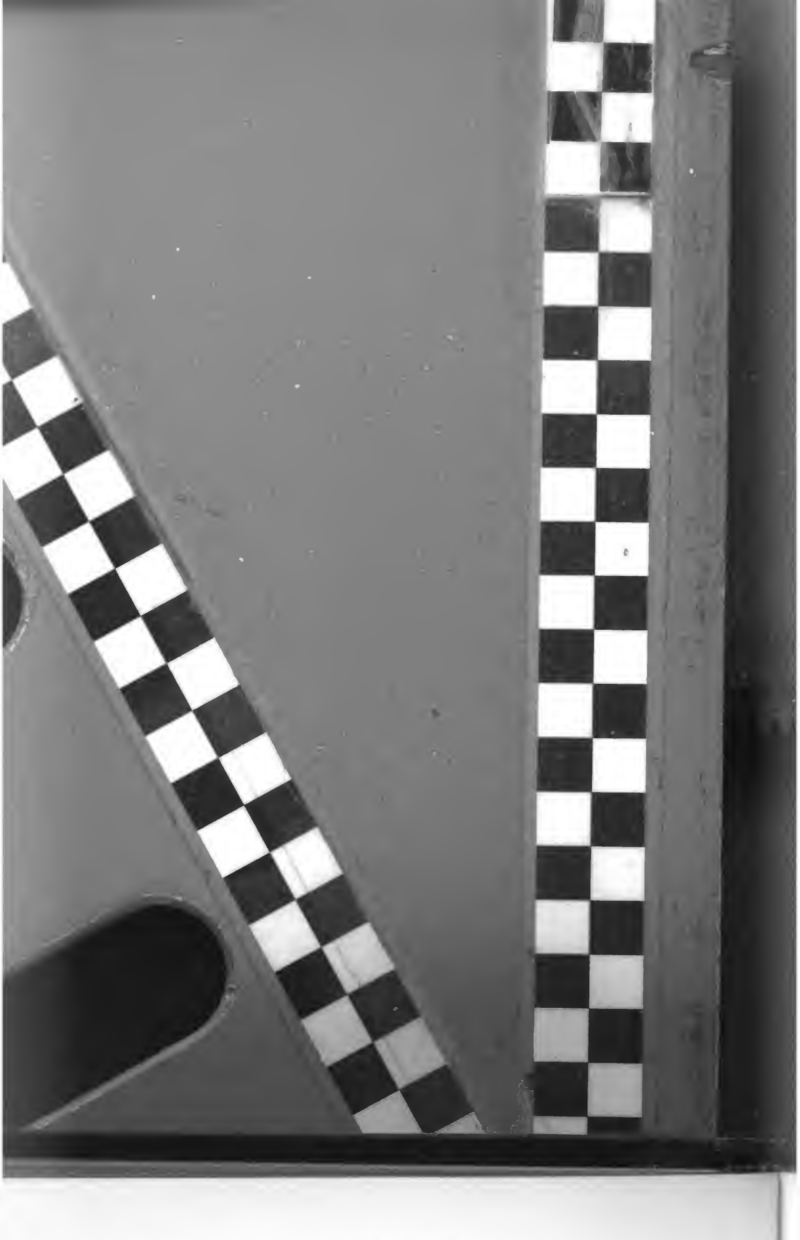
34) Dies ergibt sich auch aus Wulff III S. 254 Anm. 4, wo an den einzelnen Fällen dargetan wird, daß die Verklarung in denselben auch auf Grund des Reichsrechts zugelassen wird.

35) Vgl. auch § 6 Nr. 3 Ges. v. 29. Dez. 1899 betr. das Notariat.

36) Vgl. Wulff III S. 255 Anm. 5; Boyens II S. 7. An und für sich ist die Ver. als dem öffentlichen Recht angehörig vom neuen Recht nicht berührt worden. Doch darf sie mit den obigen Reichsgesetzen nicht im Widerspruch stehen.

37) Vgl. Ritter im Hauptbl. 1901 S. 303; Boyens a. a. O. II S. 228. Die auf Grund des Ges. v. 28. Mai 1886 (Wulff I S. 401) ernannten nautischen Sachverständigen kommen hier nicht in Betracht, da sie über Stauung und Garnierung der Ladung, über Tiefgang, Ladefähigkeit der Schiffe und Ausnutzung des Laderaums, sowie über sonstige nautische Vorkommnisse, also wesentlich andere Dinge, Besichtigungen vorzunehmen haben.

38) So auch Boyens II S. 229; Schaps, Seerecht S. 435; Wulff III S. 150 Anm. Vgl. auch § 34 Hamb. F.G.G., wonach die Amtsgerichte befugt sind, auch außerhalb eines bei ihnen angehörigen Verfahrens für einzelne Angelegenheiten auf Antrag der Beteiligten Sachverständige zu ernennen. Daß § 164 F.G.G. an sich auch auf den Fall des § 608 H.G.B. anwendbar ist, erklären sämtliche Kommentatoren des F.G.G. (zu § 164) und Gaupp, Z.P.O. I § 488 I. Wenn Ritter (Hauptbl. 1902 Nr. 18) § 608 H.G.B. so auslegen will, daß die Vorschrift des § 164 F.G.G. nur dann eintreten soll, falls seitens der Landesgesetzgebung nicht andere Behörden zur Bestellung der Sachverständigen für zuständig erklärt worden sind, so



3. Der Senat hat durch Ver. vom 1. März 1867 [39] bestimmt, daß derartige Sachverständige von der Handelskammer auf einen schriftlichen, die Art der zu untersuchenden Güter und den Zweck der Untersuchung angebenden Antrag zu ernennen sind.

a) Die Zulässigkeit dieser Ver. erscheint zunächst insofern zweifelhaft, als die Ver. vom Senat ohne Mitwirkung der Bürgerschaft erlassen worden ist. Da die Handelskammer aber noch außerdem durch zwei besondere Gesetzesbestimmungen [40] zur Ernennung solcher Sachverständiger für zuständig erklärt wird, ist ihre Kompetenz an sich anzuerkennen.

b) Auch gegenüber der Vorschrift des § 164 F.G.G. ist die Zuständigkeit der Handelskammer zur Ernennung der Sachverständigen anzuerkennen. Der Ausdruck „amtlich bestellt" kann in § 608 H.G.B. nicht anders ausgelegt werden, als an den sonstigen Stellen des H.G.B. Im § 438 H.G.B. wie auch durch Art. 12 E.G. z. H.G.B. in § 61 Binnenschiffahrtsges. ist gelegentlich der Revision des H.G.B. der gleiche Ausdruck „amtlich bestellte" Sachverständige gewählt worden, um außer Zweifel zu stellen, daß es nicht unbedingt einer Feststellung durch gerichtlich ernannte Sachverständige bedürfe, sondern daß eine Feststellung durch sonstige amtlich ernannte Sachverständige genüge.[41] Da mithin das Reichsrecht keine Vorschrift darüber enthält, von wem die amt-

erscheint das nicht zutreffend, da es der Landesgesetzgebung an der Kompetenz, die Vorschrift des § 164 F.G.G. ganz auszuschließen, fehlt. Fraglich kann nur sein, ob etwaige landesrechtliche Vorschriften neben § 164 F.G.G. bestehen; hierüber s. oben unter 3.

39) Vgl. Wulff III S. 149.

40) Vgl. § 13 Abs. 2 Ges. v. 23. Jan. 1880 betr. die Handelskammer (Wulff I S. 317) und § 3 Ges. v. 20. Dez. 1871 betr. Aufhebung des Instituts der beeidigten Mäkler (Wulff I S. 349). Vgl. auch Ritter in Hauptbl. 1901 S. 303.

41) Vgl. hierzu Denkschr. zur Reichstagsvorlage des H.G.B. (Ausgabe Guttentag) S. 281, 319; Schaps S. 436; Boyens, welcher (Seerecht II S. 229 Anm. 1 und Hauptbl. 1902 Nr. 11) die fortdauernde Geltung der obigen Vorschrift bestreitet, will dem Landesrecht nur die Befugnis gewähren, Sachverständige zu dem gen. Zweck allgemein, nicht aber für den einzelnen Fall zu bestellen. Dies ergibt sich aber aus dem Gesetz nicht, denn dasselbe spricht nur ganz allgemein von „amtlich bestellten" Sachverständigen. Die Bezugnahme auf die Denkschrift zur Reichstagsvorlage S. 281 kann als ausschlaggebend schon deshalb nicht angesehen werden, weil auf S. 319 von einer „allgemeinen" Bestellung nicht die Rede ist. Es entscheidet sich eben nach dem Landesrecht, ob Sachverständige „ein für allemal" oder nur für den einzelnen Fall zu ernennen sind. — Daraus, daß nach der Hamb. Ver. eine Beeidigung der Sachverständigen nicht erfolgt, kann ein Einwand gegen die Zulässigkeit der Bestimmung nicht entnommen werden. Denn die Vorschrift einer Beeidigung ist im Reichsrecht nicht enthalten.

lichen Sachverständigen zu bestellen sind, so hat das Landesrecht freie Hand.

VII. Nach § 609 H.G.B. muß, falls die Ware vor der Übernahme nicht besichtigt worden ist, der Empfänger spätestens am zweiten Werktage nach der Übernahme die Güter nachträglich besichtigen lassen, widrigenfalls alle Ansprüche wegen Beschädigung oder teilweisen Verlustes erlöschen. Äußerliche Erkennbarkeit des Verlustes oder der Beschädigung ist unerheblich. Doch kommen diese Vorschriften bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit einer Person der Schiffsbesatzung nicht zur Anwendung.

In Hamburg bestehen seit langem Vorschriften,[42] nach denen bei der Entlöschung von Gütern zu Wasser der Leichterschiffer oder Ewerführer, der die Ware von Bord holt, dem Schiffer eine Quittung ausstellt und durch diese Quittung, soweit sie nicht einen Vorbehalt enthält, alle Ansprüche gegen den Schiffer wegen äußerlich erkennbarer Mängel erlöschen, nach denen aber andererseits die Besichtigung wegen vorbehaltener Mängel unter Umständen auch später als binnen zwei Tagen erfolgen darf.

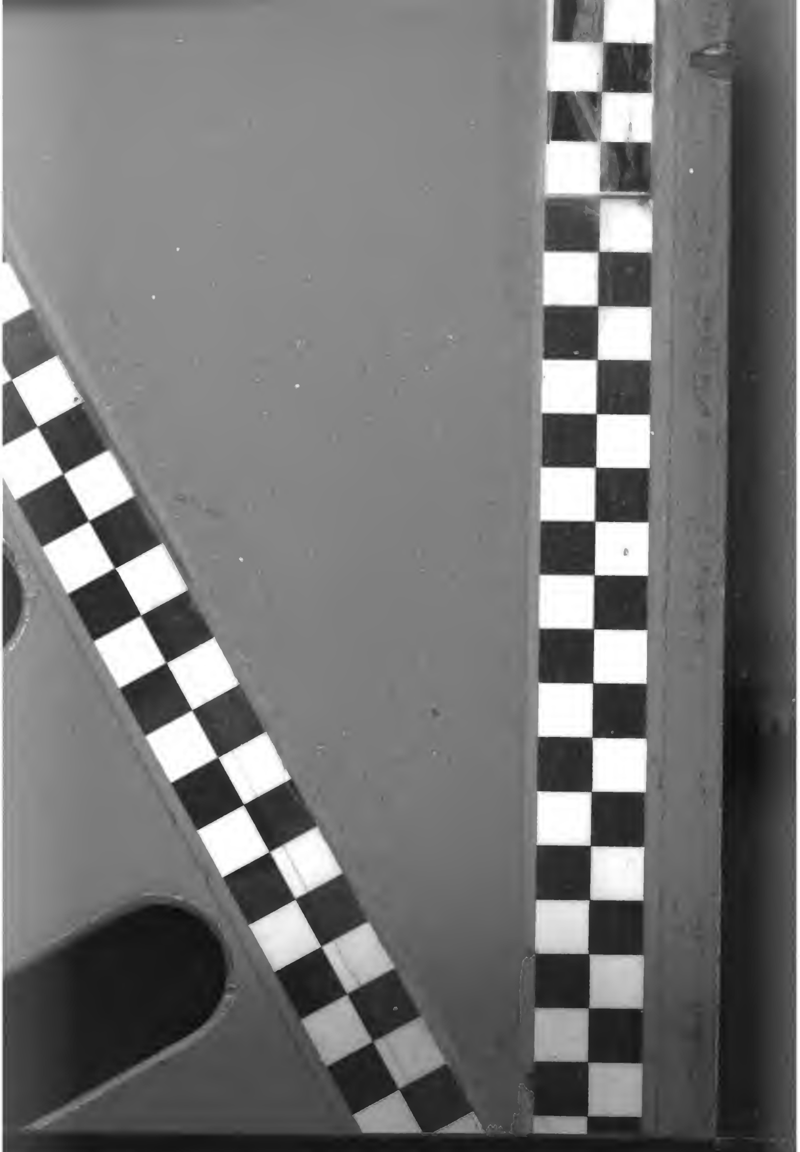
Diese Bestimmungen sind neben dem A.H.G.B. durch § 50 Hamb. E.G. z. A.H.G.B. vom 22. Dezember 1865 aufrechterhalten worden und auch jetzt bestehen sie kraft ausdrücklicher Vorschrift des Reichsrechts (Art. 19 Nr. 3 E.G. z. H.G.B.) fort. Da auf den vorbehaltenen Gebieten das Landesrecht befugt ist, neue Vorschriften zu treffen,[43] ist diese Materie in § 8 A.G. z. H.G.B. neu geregelt worden. Danach ergibt sich folgender Rechtszustand:

1. Die Vorschrift des Reichsrechts gilt hinsichtlich der Ansprüche wegen äußerlich nicht erkennbarer Beschädigung oder äußerlich nicht erkennbaren teilweisen Verlustes der Güter. Diese Ansprüche werden nur durch eine vorgängige oder binnen zweier Werktage nachfolgende Besichtigung erhalten, hieran ändert ein Vorbehalt der bei der Übernahme der Güter ausgestellten Quittung nichts.

2. Ansprüche des Empfängers wegen äußerlich erkennbarer Beschädigung oder wegen äußerlich er-

42) S. insbesondere die Neue Verordnung für Schiffer und Schiffsvolk v. 23. März 1786 (Wulff 1. Aufl. II S. 269, abgekürzt auch Wulff 2. Aufl. III S. 139 Anm. 3, wo überhaupt die Entstehungsgeschichte des gegenwärtigen Rechts sehr eingehend und übersichtlich wiedergegeben wird).

43) Vgl. Art. 15 E.G. z. H.G.B.



kennbaren teilweisen Verlustes erlöschen dagegen durch eine vorbehaltlose Quittung.

a) Voraussetzung hierfür ist:

α) Die Güter müssen seewärts[44] angebracht sein

aa) durch ein Seeschiff. Auch ein nur vorübergehend dem Erwerb durch Seefahrt dienendes Schiff ist als Seeschiff im Sinne der Vorschriften über den Seefrachtvertrag anzusehen.[45]

bb) oder durch einen Leichter, welcher die Güter für das Seeschiff an die Stadt bringt.[46] Sind die Güter vom Empfänger mit dem Leichter übernommen worden, so gilt als Übernahme im Sinne dieser Bestimmung die Übernahme mit dem Leichter, nicht diejenige vom Leichter.

β) Die Güter müssen aus den vorgenannten Schiffen von dem Empfänger in ein Binnenschiff oder sonst zu Wasser übernommen sein.

aa) Die Übernahme des Gutes fällt regelmäßig, aber nicht immer mit der Ablieferung zusammen. Erfolgt die Ablieferung nicht direkt an den Empfänger, sondern an eine von diesem gesandte Person, so tritt die Übernahme mit der Empfangnahme der Ware durch diese Person nur ein, wenn die Person nach den Umständen und Gebräuchen oder nach ausdrücklicher Order befugt war, über den Zustand der Güter sich zu vergewissern und darüber eine entsprechende Erklärung abzugeben. Erfolgt die Ablieferung an eine dritte Mittelsperson, so tritt die Übernahme erst dann ein, wenn der Empfänger selbst oder durch Vertreter aus der Hand dieser dritten Mittelsperson die Ware erhält.[47]

bb) Die Übernahme braucht nicht auf Hamburger Gebiet erfolgt zu sein, vielmehr ist entscheidend, ob Hamburg Bestimmungsort ist.[48]

cc) Die Vorschrift kommt auch zur Anwendung, wenn eine am Quai fürs Seeschiff lagernde, vom Empfänger noch nicht ab-

44) Der Begriff „seewärts" bestimmt sich nach der seemännischen Anschauung; vgl. Hauptbl. 1894 Nr. 42.

45) Vgl. Boyens I S. 86; Mittelstein, Binnenschiffahrtsrecht 2. Aufl. S. 40 f.; Wulff III S. 141 Anm. 2.

46) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 1037.

47) Vgl. Boyens II S. 228; Prot. der Kommission zur Beratung des A.H.G.B. S. 3915 ff.

48) Vgl. Boyens I S. 49; Wulff III S. 142 Anm. 3; Entsch. des R.G. 6 S. 130; 34 S. 80.

genommene Ware von diesem mittels Binnenschiffes zu Wasser abgenommen wird, da der Quai in diesem Sinne als Allonge des Schiffes und die Übernahme vom Quai als solche vom Schiffe gilt.[49]

dd) Ob die Güter übernommen werden, um in Hamburg zu bleiben oder weiterzugehen, ist unerheblich.[50]

γ) Es muß eine vorbehaltlose Quittung erteilt sein.

aa) Die Quittung ist ein schriftliches Empfangsbekenntnis (§ 368 B.G.B.), sie muß vom Empfänger unterschrieben sein, eine bloß mündlich erteilte Empfangsbestätigung genügt nicht.[51] Ob die Quittung auf dem Konnossement selbst erteilt ist, ist unerheblich.[52]

bb) Die Quittung ist vom Empfänger oder dessen Vertreter zu erteilen. Wer als Vertreter des Empfängers zu gelten hat, bestimmt sich nach den Umständen des einzelnen Falles. In Hamburg gilt der Leichterschiffer und Ewerführer als zur Quittung befugt.[53]

b) Rechtswirkungen der Quittungserteilung.

Unter den angeführten Voraussetzungen erlöschen alle Ansprüche des Empfängers

α) wegen äußerlich erkennbarer Beschädigung oder äußerlich erkennbaren teilweisen Verlustes.[54] Äußerlich erkennbar sind diejenigen Mängel, welche im ordnungsmäßigen

---

49) Daß der Quai bei der Löschung als Allonge des Schiffes anzusehen ist, falls die Ware am Quai für das Schiff gelagert hat, ist allgemein anerkannt (vgl. Entsch. des R.O.H.G. 18 S. 298; Hauptbl. 1869 Nr. 120, 1875 Nr. 264, 1877 Nr. 125, 1890 Nr. 48, 1891 Nr. 10). Dies gilt namentlich auch für die in §§ 608, 609 H.G.B. vorgeschriebene Besichtigung (Boyens II S. 178). Vgl. auch unter VIII 2 sowie Wulff III S. 142 Anm. 2; Schaps S. 441, 386.

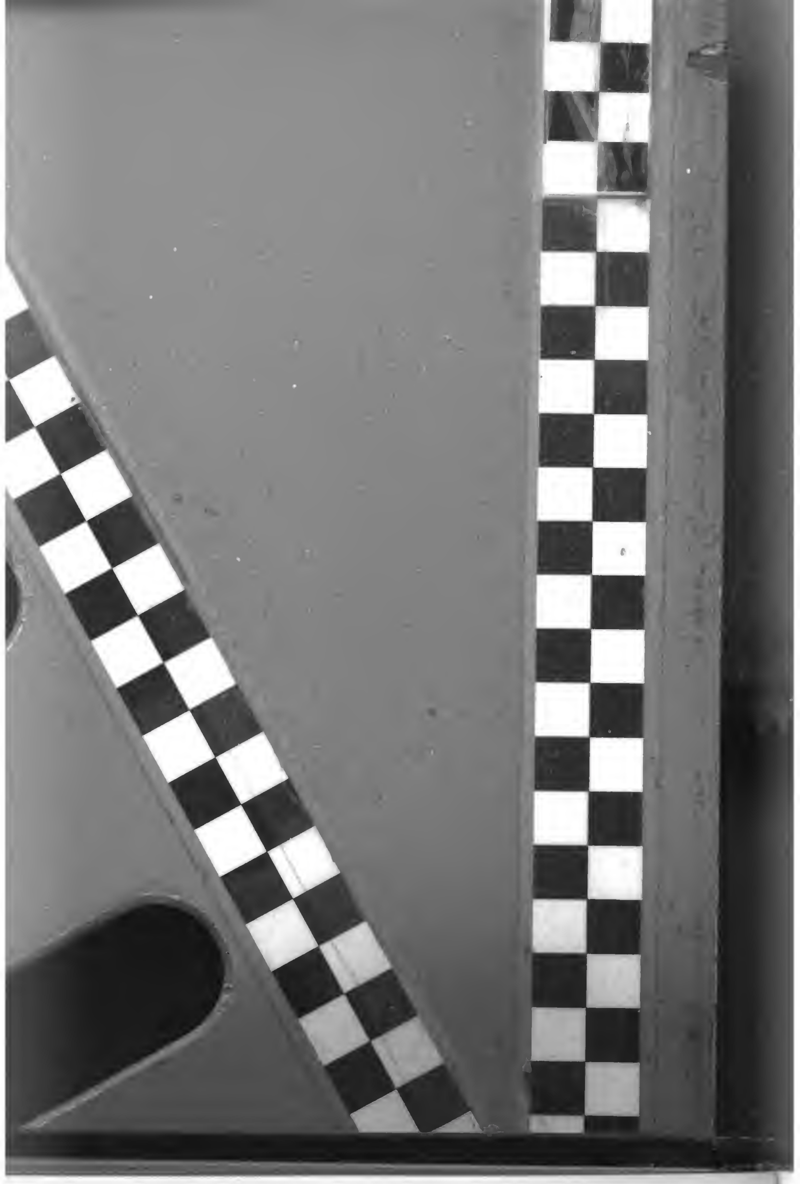
50) Vgl. Hauptbl. 1875 Nr. 259; Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 1037.

51) Vgl. Hauptbl. 1903 Nr. 84. Anders für das frühere Recht Hauptbl. 1885 Nr. 57.

52) Bei der Herstellung des § 8 A.G. z. H.G.B. wollte die Senatsvorlage nur die vorbehaltlose Quittierung des Konnossements als maßgebend anerkennen, doch hat die Bürgerschaft dem nicht zugestimmt. Vgl. Wulff III S. 140, 143 Anm. 5. Es genügt hiernach die Quittierung eines vom Schiffsmakler erteilten Auslieferscheins oder eines vom Konnossementsinhaber dem Käufer eines Teils ausgestellten Teillieferscheines.

53) Vgl. Wulff III S. 143 Anm. 4; anders im allgemeinen Boyens II S. 228.

54) Über die streitige, nach dem Reichsrecht zu entscheidende Frage, wann im Stückgüterverkehr ein Totalverlust anzunehmen ist, worauf die Vorschriften der §§ 608 ff. H.G.B. überhaupt keine Anwendung finden, siehe Boyens II S. 234; Schaps S. 434; Entsch. des R.O.H.G. 11 S. 35, 15 S. 142; Hauptbl. 1898 Nr. 100; 1899 Nr. 92, 104; 1900 Nr. 96; 1907 Nr. 41 (Gewichtsmanko als Beschädigung oder teilweiser Verlust).



Geschäftsgange ohne besonderen Sachverstand bei äußerlicher Prüfung, durch Auge, Gefühl, Geruch usw. wahrgenommen werden können.[55]

β) gegen den Verfrachter und den Reeder, nicht aber diejenigen gegen andere Personen, z. B. gegen den Schiffer oder gegen eine Person der Schiffsbesatzung wegen unerlaubter Handlung. In dieser Beziehung deckt sich die Rechtswirkung der Hamburgischen Sonderbestimmung mit derjenigen des § 609 Abs. 1 H.G.B. Auch im Falle des Vorliegens von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit erlöschen die Ansprüche durch die Quittung nicht (§ 609 Abs. 2 H.G.B.). § 8 A.G. z. H.G.B. schließt ausdrücklich nur den § 609 Abs. 1 aus und setzt eine andere Vorschrift an dessen Stelle, der zweite Absatz des § 609 wird hiervon gar nicht berührt.[56] Demnach bleiben auch die Ansprüche gegen den Verfrachter trotz der Quittungserteilung erhalten, soweit die Verluste und Beschädigungen durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit einer Person der Schiffsbesatzung entstanden sind.

γ) ohne Rücksicht darauf, ob der Empfänger sie kennt, ob eine Besichtigung gemäß § 608 H.G.B. stattgefunden hat, oder ob der Empfänger sie mündlich oder selbst früher schriftlich vorbehalten hatte.

3. Die unter 2 b erwähnten Ansprüche erlöschen dagegen nicht,

a) wenn die Parteien etwas Anderes ausdrücklich oder stillschweigend vereinbaren;

b) wenn die Ansprüche in der Quittung tunlichst genau bezeichnet und vorbehalten sind.

α) Der Vorbehalt muß auf der Quittung enthalten sein. Ein sonstiger Vorbehalt hat eine rechtliche Bedeutung nicht.[57]

β) Der Anspruch muß tunlichst genau[58] bezeichnet und vorbehalten sein. Dies erfordert eine tunlichst genaue Angabe der Mängel selbst.

---

55) Vgl. Staub II S. 1538 Anm. 13 zu § 438; Mittelstein, Binnenschiffahrtsrecht 2. Aufl. S. 256.

56) So auch Schaps S. 442 Anm. 18. A. M. Wulff III S. 142 Anm. 4, wo der sehr präzise Wortlaut des § 8 nicht genügend gewürdigt wird. Wenn § 609 Abs. 2 ebenfalls hätte ausgeschlossen werden sollen, so hätte gesagt werden müssen „es findet § 609" (und nicht „§ 609 Abs. 1") keine Anwendung.

57) Dies entspricht nicht nur dem Wortlaut des Gesetzes, sondern auch der Absicht beider gesetzgebenden Faktoren. S. hierüber Wulff III S. 143 Anm. 5.

58) Die Neue Ver. für Schiffer und Schiffsvolk v. 23. März 1786 bezeichnet dies als „specifice".

Der erforderliche Grad der Genauigkeit bestimmt sich nach den Umständen des Falles. Ist der Anspruch nicht genau genug vorbehalten, so erlischt er.

γ) Ist der Vorbehalt in genügender Weise erfolgt, so bedarf es einer Besichtigung nach §§ 608, 609 H.G.B. überhaupt nicht, soweit nicht etwa Treu und Glauben in besonderen Fällen eine solche erforderlich machen.[59]

c) wenn eine Quittung bei der Übernahme überhaupt nicht erteilt ist. Dies folgt daraus, daß § 8 die Ansprüche „nur durch eine vorbehaltlose Quittung" erlöschen läßt.[60]

Doch kann im einzelnen Falle die Unterlassung der Quittungserteilung mit Rücksicht auf Treu und Glauben im Verkehr den Ausschluß der Ansprüche des Empfängers zur Folge haben.

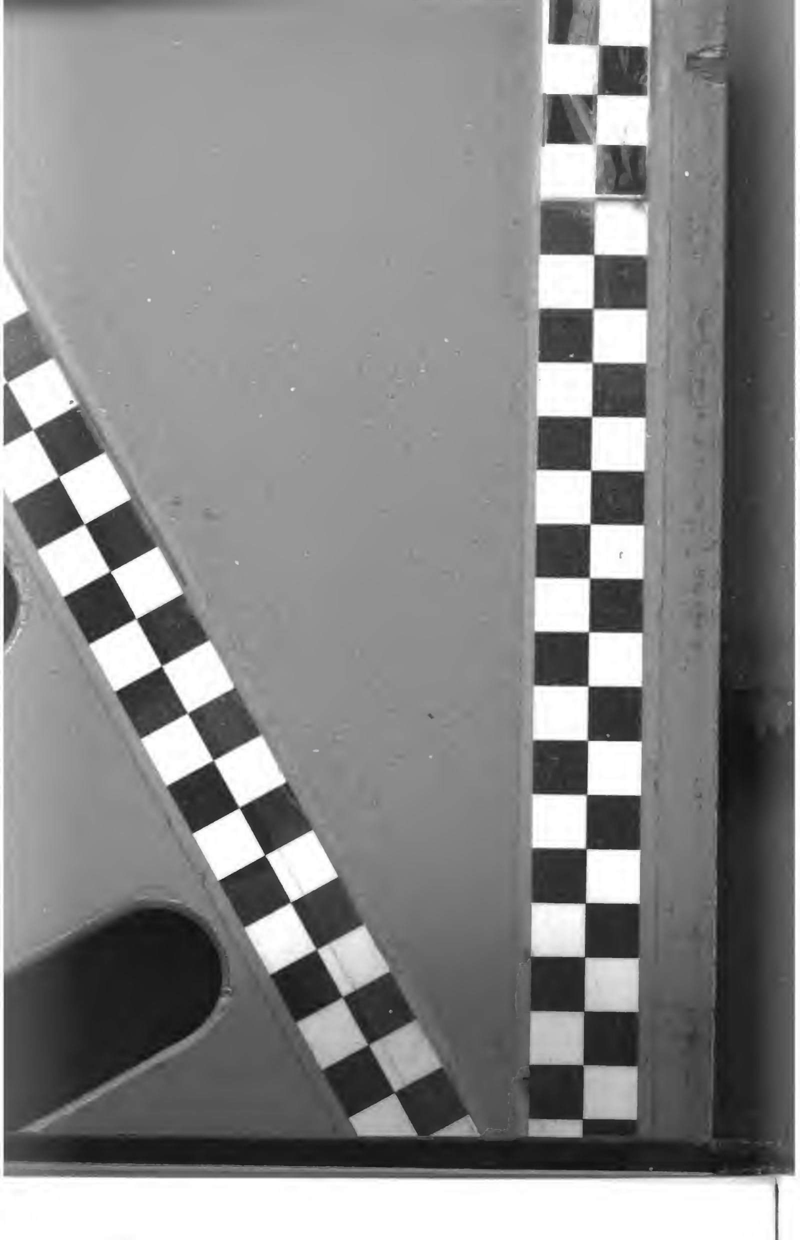
VIII. Die Rechtsverhältnisse des Quaibetriebes.

Der Betrieb der vom Hamburger Staat auf Staatsgrund errichteten Quaianlagen ist ein staatlicher, monopolisierter, er wird von der Deputation für Handel und Schiffahrt für Rechnung des Staates geführt. Er bezweckt die Erleichterung und Beschleunigung des Löschens und des Beladens für alle Beteiligten und zwar zugleich mit den damit in Verbindung stehenden Verkehrsgeschäften (Fracht- und Speditions-, Lagergeschäfte). Die Quaiverwaltung ist eine öffentliche vom Staate privilegierte Anstalt, doch ist der Staat hierbei Subjekt einer Privatwirtschaft[61] und übt er nicht ein Hoheitsrecht aus. Schiffer und Ladungsinteressenten treten zu ihm in privatrechtliche Beziehungen. Diese Beziehungen richten sich teils nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen und des Handelsrechts, teils nach der Betriebs- und

59) Dies ist mit Wulff (III S. 144 Anm. 3) anzunehmen, da das Gesetz ganz bestimmt das Nichterlöschen der Ansprüche allein an den Vorbehalt knüpft. Auch nach früherem Recht war eine spätere Feststellung der Schäden im Prozesse gestattet. Doch erkannte man eine Pflicht des Empfängers an, auch in diesem Falle, wenn auch nicht innerhalb der kurzen Frist des § 609 Abs. 1 H.G.B., so doch noch so zeitig, daß eine Feststellung überhaupt erfolgen konnte, eine Besichtigung durch Sachverständige vornehmen zu lassen. Vgl. Hauptbl. 1890 Nr. 91, 1891 Nr. 18, 1892 Nr. 65, 1894 Nr. 110.

60) Vgl. Wulff III S. 144 Anm. 5; Hauptbl. 1906 Nr. 112. A. M. Schaps S. 441 Anm. 17. Der Gesetzgeber hat diese Frage offen gelassen. Die Senatsvorlage wollte in diesem Falle die Ansprüche aufrechterhalten, während der bürgerschaftliche Ausschuß (Ausschußber. der Bürg. 1899 Nr. 57 S. 7) die Entscheidung den Umständen des Falles überlassen wollte.

61) Vgl. § 56 I; Hauptbl. 1895 Nr. 105, 1900 Nr. 37; Schaps S. 384 ff.



Gebührenordnung für die Quaianlagen vom 22. Dezember 1893,[62] welche eine Reihe privatrechtlicher Vorschriften enthält. Die Bestimmungen dieses Gesetzes gehören zum Inhalt der Verträge, auf Grund deren die Quaiverwaltung die Benutzung ihrer Anlagen den Interessenten gestattet. Niemand ist gezwungen, sich der staatlichen Anlagen zu bedienen, dagegen besteht für die Verwaltung ein Kontrahierungszwang. Daß zum Anlegen am Quai eine besondere Anweisung erforderlich ist und besondere Güter[63] nur unter besonderen Bedingungen angenommen werden (§ 5 Quaibetriebsordn.), ändert hieran nichts. Als Teil des Vertrages sind die Bestimmungen der Quaibetriebsordnung vom neuen Recht nicht berührt worden, soweit ihnen nicht etwa zwingende Vorschriften des neuen Rechts entgegenstehen.[64]

1. Nach §§ 560, 592 H.G.B. kann der Schiffer, wenn ihm von den Befrachtern oder den Empfängern der Ladung nicht rechtzeitig Anweisung über den Anlegeplatz zum Laden oder Löschen erteilt wird, das Schiff an dem ortsüblichen Ladungs- oder Löschungsplatz anlegen. Als solcher ortsüblicher Lade- und Löschplatz gilt in Hamburg der Quai (§ 2 Quaibetriebsordn.).[65]

2. Die Rechtsstellung der Quaiverwaltung bei der Übernahme der Güter zur Lagerung ist eine verschiedene, je nachdem es sich um die Übernahme seewärts angekommener oder seewärts bestimmter Güter, also um Löschung oder Ladung handelt.

a) Erfolgt bei der Löschung seewärts angekommener Güter die Ablieferung des Gutes an den Empfänger nicht an Bord, so wird das Gut ohne besonderen Auftrag des Empfängers nach Einlieferung eines Ladungsverzeichnisses an den Quai geschafft (§ 6 Quaibetriebsordn.). Die Quaiverwaltung liefert die Güter nur gegen Einlieferung der Konnossemente aus, auf denen seitens des Vertreters des Schiffes, eventuell durch Abstempelung, bescheinigt sein muß, daß der Auslieferung des Gutes seinerseits Bedenken nicht entgegenstehen, und auf denen oder auf deren zugehörigen Teilscheinen der Empfänger den Empfang quittieren muß (§§ 8, 9 Quaibetriebsordn.).

62) Vgl. Wulff I S. 483; Abänderungsges. v. 20. April 1903 und 6. Juni 1904 (Wulff IV S. 212).

63) Kontanten, Gegenstände von Liebhaberwert, leicht zerbrechliche, feuergefährliche und sonst gefährliche Güter, loses Schüttgut und lebende Tiere.

64) Vgl. Hauptbl. 1903 Nr. 32.

65) In der Fassung des Ges. v. 6. Juni 1904 (Ges.Samml. 1904 I S. 257).

Die Quaiverwaltung liefert als Vertreterin des Schiffes dem Empfänger das Gut aus, der Quai tritt an Stelle des Schiffsraums, dient als Allonge des Schiffes.[66]

Diese rechtliche Stellung der Quaiverwaltung als Vertreterin des Schiffes äußert sich besonders nach folgenden Richtungen:

α) Die Haftung des Schiffes gegenüber dem Empfänger dauert in Ermangelung besonderer Abreden bis zur Ablieferung an den Empfänger von seiten der Quaiverwaltung fort. Das Schiff haftet mithin dem Empfänger auch für Verlust und Beschädigung des Gutes am Quai.

Wenn § 7 Quaibetriebsordn. bestimmt, daß das Schiff bis zur Übernahme der Güter durch den Empfänger für alle Schäden und Mängel hafte, sofern dieselben nicht nachweislich auf dem Quai entstanden seien, so kann sich dies auf das Verhältnis des Schiffes zum Empfänger nicht beziehen. Denn durch Landesgesetz kann die reichsgesetzliche Haftung des Schiffes bis zur Ablieferung nicht beseitigt und die Lage des Empfängers nicht erschwert werden. Demnach besteht die Haftung des Schiffes jedenfalls fort.[67] Inwieweit daneben eine Haftung der Quaiverwaltung gegenüber dem Empfänger eintritt s. S. 332.

Diese Haftung des Schiffes hört aber während des Lagerns am Quai auf, wenn dies durch das Konnossement bestimmt ist, oder falls der Empfänger nach der Übernahme das Gut noch länger am Quai lagern läßt.

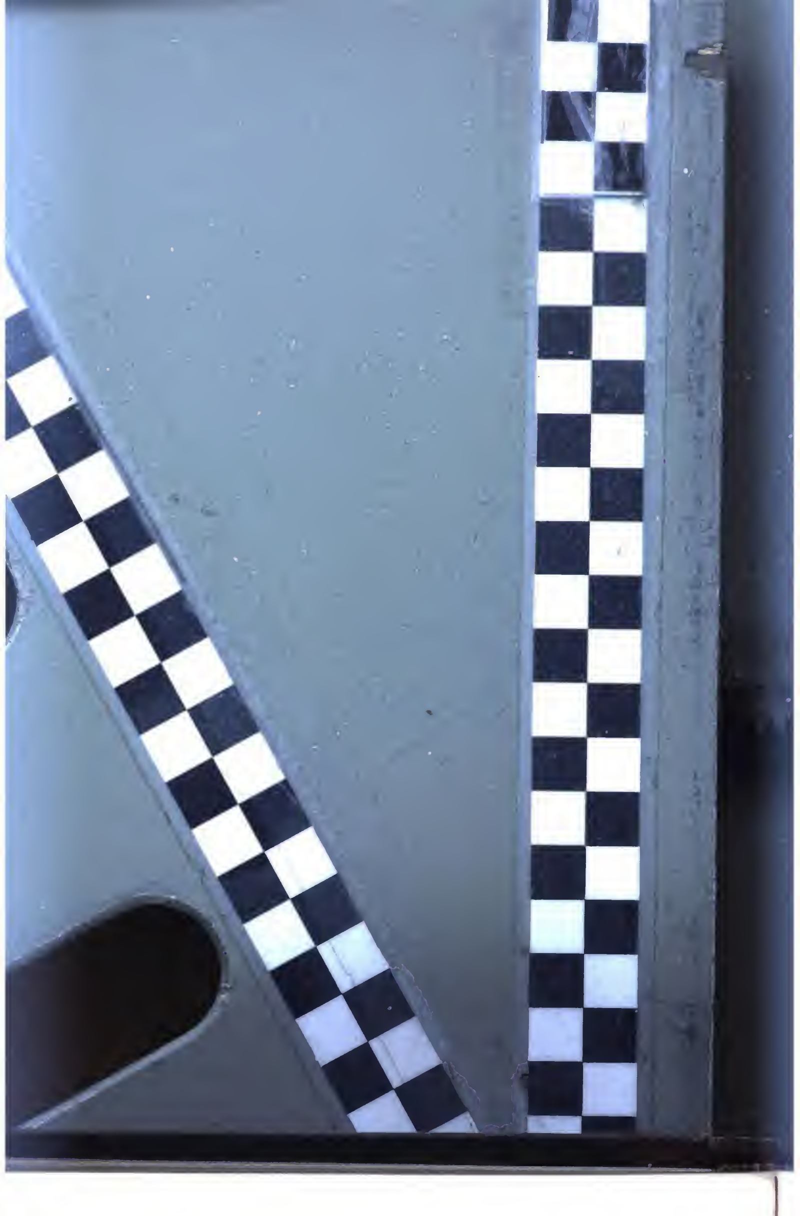
β) Die dreißigtägige Frist zur Geltendmachung des Pfandrechts des Verfrachters (§ 623 H.G.B.) läuft nicht, solange das Gut am Quai für das Schiff lagert.

γ) Die Quaiverwaltung hat das Schiff in allen Angelegenheiten, welche die Übernahme und Ablieferung der Güter betreffen, zu vertreten. Handlungen der Quaiverwaltung sind nach dieser Richtung für das Schiff bindend.

Dies gilt namentlich für die gemäß §§ 608, 609 H.G.B. vorgeschriebenen Besichtigungen. Will der Empfänger Güter wegen Unvoll-

66) Vgl. Entsch. des R.O.H.G. 18 S. 298; Hauptbl. 1869 Nr. 120, 1875 Nr. 264, 1877 Nr. 125, 1890 Nr. 48, 1891 Nr. 10; Schaps S. 385. So gelten die auf dem Quai lagernden Güter noch nicht als vom Verfrachter dem Befrachter abgeliefert.

67) So auch Wulff I S. 485 Anm. 2; Schaps S. 386. A. M. anscheinend Boyens II S. 180, 211. Die Fortdauer der Haftung wird häufig vertraglich ausgeschlossen.



ständigkeit oder Mangelhaftigkeit nur unter Vorbehalt abnehmen, so liefert die Quaiverwaltung nur in Gegenwart oder mit Zustimmung des Vertreters des Schiffes aus (§ 8 Quaibetriebsordn.).

Die Quaiverwaltung kann aber nicht mehr Rechte gegenüber dem Empfänger geltend machen als der von ihr vertretene Schiffer. Sie ist insbesondere nicht befugt, dem Empfänger die Besichtigung der Güter vor Quittierung des Konnossements zu untersagen und die Quittierung vor der Auslieferung zu fordern.[68]

d) Auch für die Seeversicherung ist der Quai als Allonge des Schiffes anzusehen, da sich die Versicherung auch auf die Schicksale der Güter am Quai erstreckt (§ 73 Allgem. Seeversicherungsbed. von 1867).

b) Bei der Übernahme seewärts bestimmter Güter handelt die Quaiverwaltung regelmäßig nicht für das Schiff, sondern bis zur Ablieferung an das Schiff als Vertreterin des Abladers. Dieser hat die freie Verfügung über das Gut und kann dessen Rücknahme fordern. Die Quaiverwaltung hat das Gut auf Anfordern, soweit tunlich, d. h. soweit es noch nicht auf das Schiff übernommen worden ist, zurückzugeben (§ 10 Quaibetriebsordn.). Entscheidend ist, daß im Falle der Rückforderung nicht die Fracht vom Ablader zu bezahlen ist, sondern nur das Lagergeld und die Quaigebühren. Daraus folgt, daß der Ablader zu dem Schiff überhaupt noch nicht in ein Rechtsverhältnis getreten ist.[69]

Die Quaiverwaltung übernimmt die Ware gegen Erteilung eines Empfangsscheins nach Beibringung genau ausgefüllter Schiffszettel. Sie ist nicht verpflichtet, für Schiffe, denen ein Ladeplatz am Quai noch nicht angewiesen ist, Güter zu übernehmen. Erst mit der Übernahme der Güter durch das Schiff beginnt die Haftung des Verfrachters nach § 606 H.G.B., da erst in diesem Moment die Annahme erfolgt. Bis zur Annahme bleibt die Haftung des Abladers für Mängel bestehen.

Die Übergabe der Güter an das Schiff erfolgt gegen Empfangsschein in der vom Schiffsvertreter bestimmten Reihenfolge. Die Quaiverwaltung haftet nicht für hierdurch entstehende Verzögerung in der Verschiffung (§ 12 Quaibetriebsordn.).

---

68) Vgl. Hauptbl. 1890 Nr. 48; 1891 Nr. 10.

69) So mit Recht Boyens (II S. 179), der auf die abweichende Rechtslage in einzelnen englischen Häfen hinweist. A. M. Wagner, Seerecht S. 276; Schaps S. 385, 386.

3. Die Haftung der Quaiverwaltung.

Die Haftung der Quaiverwaltung richtet sich grundsätzlich nach dem bürgerlichen Recht, ist aber nach mehrfacher Richtung abweichend von diesem geregelt.

a) Der Umfang der Schadensersatzpflicht der Quaiverwaltung ist beschränkt.

α) Die Quaiverwaltung haftet nicht für Schäden, welche durch Brechen ihrer Kräne, Ketten und Geräte entstehen, falls die schlechte Beschaffenheit derselben bei aller Sorgfalt nicht zu entdecken gewesen wäre (§ 19). Die Beweislast nach dieser Richtung liegt der Quaiverwaltung ob. Diese Haftung war früher noch weiter eingeschränkt, insofern die Quaiverwaltung nicht für die von ihr zum Befestigen an der Krankette gelieferten Taulängen und Ketten haftete. Durch Gesetz vom 6. Juni 1904 ist letztere Einschränkung beseitigt worden.[70]

β) Die Quaiverwaltung haftet nicht für Feuerschäden, auch nicht, falls solche durch die Schuld ihrer Angestellten entstanden sind (§ 19 Abs. 2 Quaibetriebsordn.).[71]

γ) Die Quaiverwaltung haftet nicht für die im Freien an Quaistrecken, an denen sich keine Quaischuppen befinden, lagernden Güter hinsichtlich Witterungseinflüssen oder Diebstahls (§ 19 Abs. 3 Quaibetriebsordn.).[72]

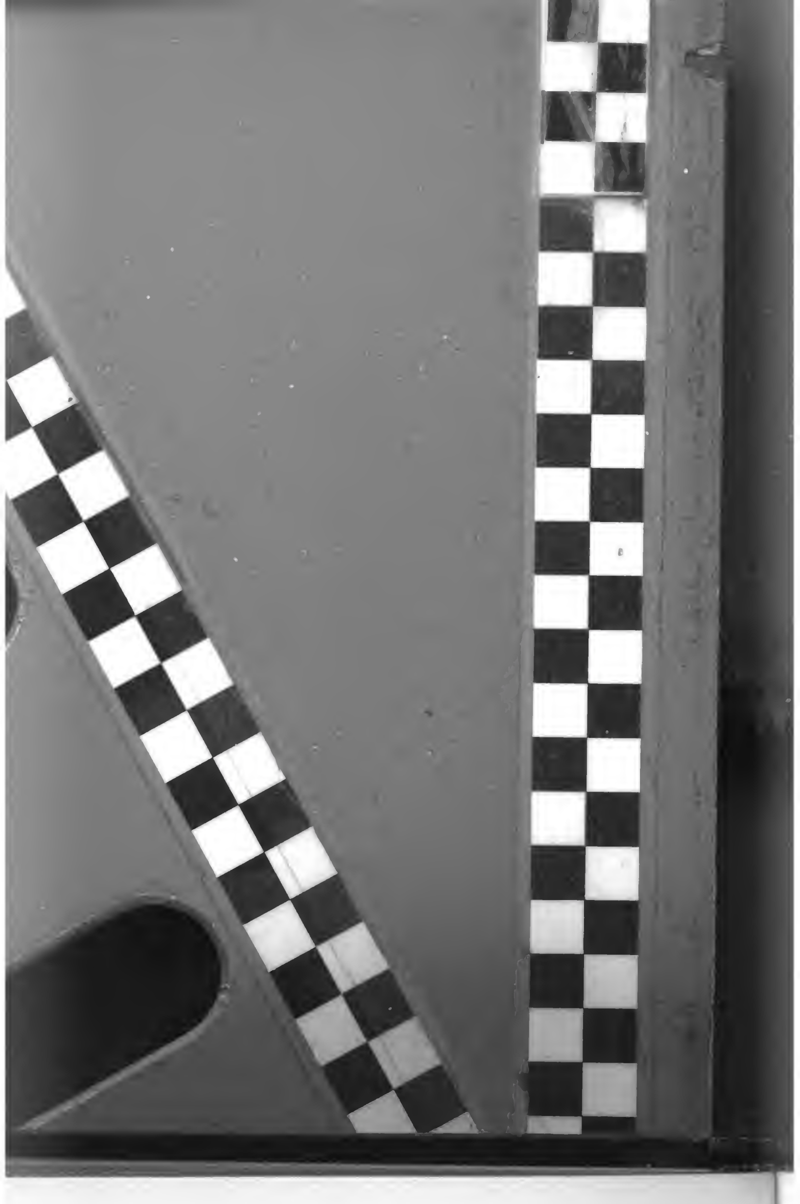
δ) Für Verzögerungen, welche durch die nicht oder nicht rechtzeitig erfolgende Stellung der Eisenbahnwagen abseiten der Eisenbahnverwaltung entstehen, ist die Quaiverwaltung nicht haftbar (§ 19 Abs. 4 Quaibetriebsordn.).

ε) Falls beim Löschen oder Laden Leute des Schiffes und der Quaiverwaltung mitwirken, haftet jeder Teil für das Ver-

70) Vgl. Ges.Samml. 1904 I S. 257.

71) Wenn auch nach dem Wortlaut sich diese Einschränkung der Haftung nur auf das Verhältnis zu den Ladungsinteressenten zu beziehen scheint, so soll darin doch auch eine Einschränkung der Haftung im allgemeinen liegen. Diese Einschränkung der Haftung kann sich auf das Verhältnis zwischen Schiff und Empfänger nicht wohl beziehen, da die Haftung des Reichsrechts durch Landesgesetz nicht abgeändert werden kann (a. M. Boyens II S. 180).

72) Im Gegensatz zu der Haftung für Feuerschaden will Boyens (a. a. O.) diesen Ausschluß der Haftung für das Verhältnis zwischen Schiff und Empfänger nicht gelten lassen, vielmehr bürdet er dem Schiff die Pflicht auf, für den Schutz der Güter gegen Witterungseinflüsse und Diebstahl Sorge zu tragen. Darin ist ihm aus den in der vor. Anm. ausgeführten Gründen beizustimmen. Man wird aber annehmen müssen, daß auf seiten des Schiffes ein Verschulden nicht liegt, wenn seitens der Quaiverwaltung tatsächlich eine Aufsicht über die Güter geübt wird (vgl. auch Wulff I S. 490 Anm. 2).



schulden seiner Leute bei den ihnen obliegenden Verrichtungen. Diese Haftung für das Verschulden Dritter ist eine der des § 278 B.G.B. entsprechende. Doch wird man hier annehmen müssen, daß diese Haftung sich nicht nur auf den in Ausführung, sondern auch auf den bei Gelegenheit der Verrichtungen verübten Schaden erstreckt.[73] Denn hier soll eine absolute Haftung für den Schaden festgestellt werden (§ 14 Abs. 2 Quaibetriebsordn.).

b) Im übrigen gelten im Verhältnis der Quaiverwaltung zum Schiff und zu den Ladungsinteressenten verschiedene Grundsätze für die Löschung und die Ladung.

α) Die Löschung.

aa) Das Verhältnis zwischen dem Schiff und der Quaiverwaltung ist dasjenige eines Werkvertrages.[74] Die Quaiverwaltung verpflichtet sich dem Schiff gegenüber, die Güter an den Empfänger auszuliefern und muß für die richtige Erfüllung dieser Verpflichtung dem Schiffe aufkommen. Sie haftet in dieser Beziehung für das Verschulden ihrer Angestellten und hat auch bei Prüfung der Legitimation des Empfängers die erforderliche Sorgfalt zu bezeigen.[75]

Für Schäden und Mängel, welche bis zur Übernahme durch den Empfänger entstehen, haftet die Quaiverwaltung nur, wenn das Schiff nachweist, daß dieselben auf dem Quai entstanden sind (§ 7 Quaibetriebsordn.).[76]

bb) Dem Empfänger gegenüber haftet die Quaiverwaltung ebenso wie das Schiff, dagegen besteht ein Rechtsverhältnis, welches der Quaiverwaltung weitergehende Verpflichtungen auferlegt, nicht.[77] Die Haftung der Quaiverwaltung stellt sich regelmäßig als ein Eintritt in die Haftung des Verfrachters dar und bestimmt sich nach den §§ 606—613 H.G.B. Nach § 19 der Quaibetriebsordn. soll die Haftung bestehen, soweit nicht etwaige Schäden und Mängel Folge der natürlichen Beschaffenheit der Güter oder höherer Gewalt sind.[78] Es ist aber anzu-

73) Vgl. über diese Streitfrage, die ich für § 278 B.G.B. im entgegengesetzten Sinne entscheiden würde, Dernburg II 1 S. 159.

74) Unter altem Recht wurde es als Mandatsverhältnis aufgefaßt (Hauptbl. 1899 Nr. 9), doch ist heute bei der Unentgeltlichkeit des Auftrages diese Auffassung nicht mehr aufrechtzuerhalten.

75) Vgl. Hauptbl. 1899 Nr. 9, 60.

76) So faßt auch Wulff I S. 485 Anm. 2 diese Bestimmung auf.

77) Vgl. Hauptbl. 1898 Nr. 7; 1875 Nr. 162, 253; 1877 Nr. 125. Im einzelnen Falle können aber durch besondere Umstände weitere Verbindlichkeiten entstehen.

78) Diese Bestimmung ist dem Art. 607 des alten H.G.B. nachgebildet.

nehmen, daß nach der neuen Fassung des § 606 H.G.B. die Quaiverwaltung überhaupt dann nicht haftet, wenn der Verlust oder die Beschädigung auf Umständen beruht, die durch die Sorgfalt eines ordentlichen Verfrachters nicht abgewendet werden konnten. Denn es liegt kein Grund vor, weshalb die Quaiverwaltung schärfer haften soll als das Schiff, nachdem die Haftung des Schiffes gemildert worden ist.[79] Wie das Schiff für Seetüchtigkeit, haftet der Quai für Vollständigkeit seiner Anlagen betr. Gewährung genügenden Schutzes für die Güter.

Die Quaiverwaltung kann sich dem Empfänger gegenüber auf die Konnossementsklauseln berufen, nur sind die Angestellten des Quais in diesem Sinne nicht als Schiffsbesatzung anzusehen.[80]

Falls nach dem Konnossement die Haftung des Schiffes mit der Lagerung am Quai endet, übernimmt die Quaiverwaltung das Gut und bewahrt es für den Empfänger. Nach dem erwähnten § 19 entsteht dann eine unmittelbare Haftung der Verwaltung gegenüber dem Empfänger für die Schäden und Mängel, doch wird man auch hier annehmen müssen, daß die Haftung keine strengere ist, als sie sein würde, wenn die Haftung des Schiffes noch nicht aufgehört hätte.

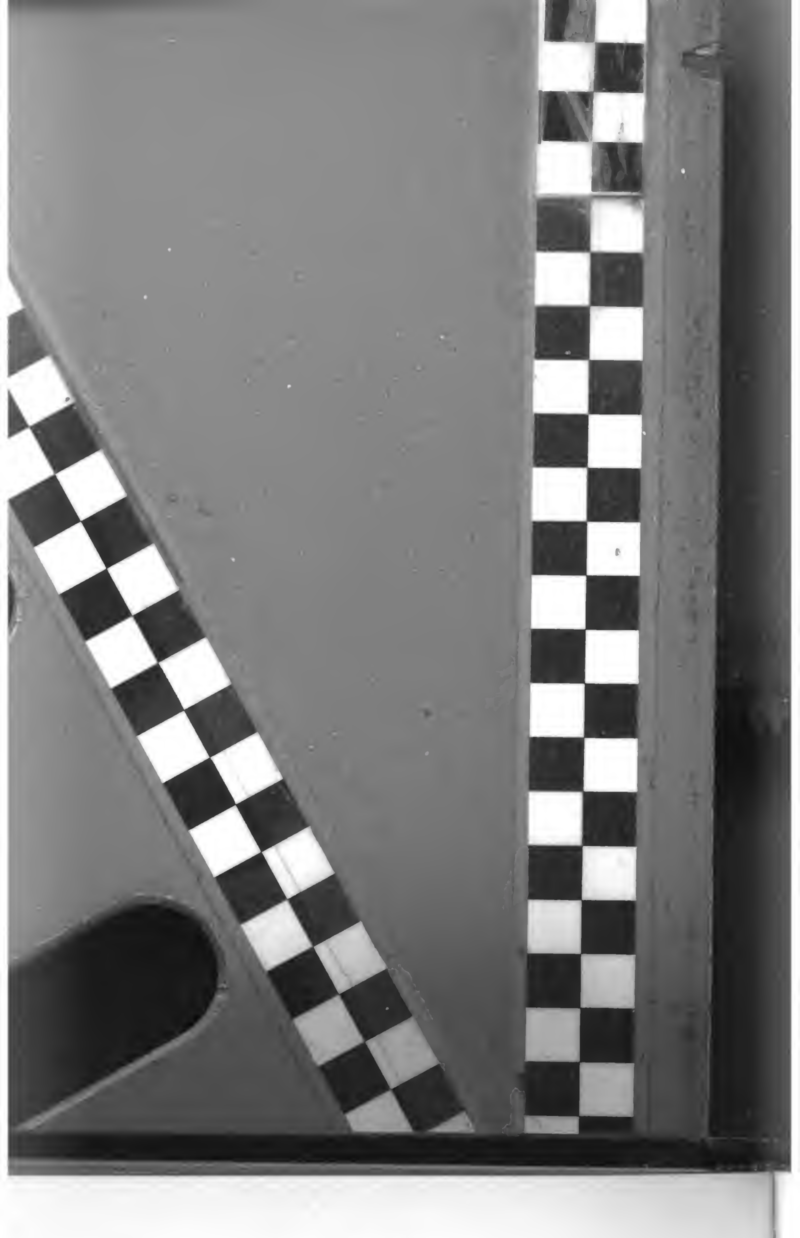
β) Die Ladung.

aa) Zwischen der Quaiverwaltung und dem Ablader entsteht ein gleiches Vertragsverhältnis wie zwischen dem Schiff und dem Quai bei der Löschung. Die Quaiverwaltung verpflichtet sich, das Gut dem Schiff zu übergeben. Sie haftet bei der Ausführung dieser Verpflichtung für die im Verkehr übliche Sorgfalt. Der Umfang der Haftung gegenüber dem Ablader ist nach § 19 Quaibetriebsordn. derselbe wie gegenüber dem Empfänger (s. α bb), d. h. wie derjenige der Haftung des Schiffes gegenüber dem Ablader. Der dem Ablader übergebene vorbehaltlose Empfangsschein befreit den Ablader nicht von seiner Haftung für Mängel und Schäden. Vielmehr bleibt diese Haftung für alle Mängel bestehen, welche vor der Auslieferung an das Schiff gefunden werden, soweit sie nicht auf dem Quai entstanden sind. Hat aber die Quaiverwaltung die Ware vorbehaltlos angenommen, so trifft sie die Beweislast dafür, daß die Mängel und Schäden nicht auf dem Quai entstanden sind[81] (§ 11 Quaibetriebsordn.).

79) So auch Wulff I S. 490 Anm.

80) Freizeichnung von Fehlern der Schiffsbesatzung befreit daher nicht von Haftung für Verschulden der Quai-Angestellten. Vgl. Boyens S. 180; Wulff I S. 490 Anm.; Hauptbl. 1873 Nr. 62, 1874 Nr. 25, 1875 Nr. 26; Entsch. des R.O.H.G. 18 S. 297.

81) Vgl. Wagner, Seerecht S. 280.



bb) Zwischen dem Schiff und Quai besteht bei der Ladung ein eigentliches Vertragsverhältnis nicht. Eine Haftung des Quais gegenüber dem Schiff besteht daher nur innerhalb beschränkter Grenzen. Insbesondere erlischt jede Haftung, falls etwaige Einwendungen gegen die Beschaffenheit der Güter vom Vertreter des Schiffes nicht sofort nach Empfang der Güter an Bord geltend gemacht werden. Solche Einwendungen können aber nur aus äußerlich erkennbaren Schäden und Mängeln entnommen werden, welche auf dem Quai entstanden sind, da nur für diese die Quaiverwaltung haftet (§ 12 Quaibetriebsordn.).

4. Die Lagerung am Quai.

Wenn auch die erste Aufgabe der Quaiverwaltung diejenige der Erleichterung und Beschleunigung des Löschens und Ladens ist, so hängt damit doch auch die Einlagerung der Waren zusammen, da sich aus mancherlei Gründen die Empfangnahme gelöschter Waren oder die Verladung von an den Quai gelieferten Waren verzögern kann. Alsdann entsteht zwischen der Quaiverwaltung und den Interessenten das kontraktliche Verhältnis des Lagergeschäfts.[82] Über dieses Rechtsverhältnis enthält die Quaibetriebsordn. einige, die gesetzlichen Vorschriften[83] ergänzende Bestimmungen, welche als Inhalt des Vertragsverhältnisses anzusehen sind (§ 17).

a) Die Quaiverwaltung ist nicht verpflichtet, Güter länger als zweimal 24 Stunden nach der Entlöschung oder Anlieferung auf dem Quai lagern zu lassen.

b) Die Quaiverwaltung ist befugt, das Gut 24 Stunden nach Anzeige an denjenigen, für welchen es bei ihr lagert, anderweitig zu lagern.

c) Nach vorgängiger Anzeige[84] an denjenigen, für den das Gut bei ihr lagert, darf die Quaiverwaltung das Gut für Rechnung, wen es angeht, öffentlich verkaufen,[85]

α) wenn das gemäß b anderweitig gelagerte Gut nicht innerhalb zwei Monaten gegen Zahlung der auf ihm ruhenden Gebühren und Kosten abgenommen ist; bei Gütern, deren Beschaffenheit eine längere

---

82) Vgl. Hauptbl. 1901 Nr. 113.
83) Vgl. §§ 416—424 H.G.B.
84) Bei auswärtigen oder nicht zu ermittelnden Interessenten erfolgt die Anzeige durch zweimalige Einrückung in den öffentlichen Anzeiger des Amtsblatts.
85) Vgl. S. 339.

Lagerung nicht gestattet, kann die Quaiverwaltung die Frist von zwei Monaten unter Mitteilung an den Interessenten entsprechend abkürzen.

β) wenn für das am Quai lagernde Gut die fällige Lagermiete oder sonstige Gebühren und Kosten trotz wiederholter Aufforderung nicht bezahlt worden sind.

Der Reinerlös verfällt in beiden Fällen der Staatskasse, wenn er nicht innerhalb zweier Jahre von dem Berechtigten abgefordert wird.[86]

5. Da sämtliche Funktionen der Quaiverwaltung sich unter die Verpflichtungen des Frachtführers, Schiffers, Spediteurs oder Lagerhalters subsumieren lassen, und zwar sowohl dem Reeder als auch dem Empfänger oder Befrachter gegenüber, so verjähren alle Ansprüche gegen die Quaiverwaltung wegen Verlustes und Beschädigung von Gütern in einem Jahre.[87]

6. Für die Benutzung der Quais werden vom Staate Gebühren erhoben.

a) Die Quaigebühren sind Gegenleistungen der Privaten für die Benutzung der Quais. Sie sind als solche keine öffentlichen Abgaben im Sinne einer auf dem Hoheitsrechte des Staates beruhenden Steuer, wenn sie auch nach § 17 Verhältnisges. durch Zwangsvollstreckung wie öffentliche Abgaben im Verwaltungswege beigetrieben werden. Denn der Staat ist in dieser Beziehung nur Subjekt einer Privatwirtschaft.[88]

b) Die Quaigebühren sind aber öffentliche Schiffs-, Schiffahrts- und Hafenabgaben im Sinne von § 754 Ziff. 2 H.G.B. und geben daher, soweit das Schiff sie zu tragen hat, ein Schiffsgläubigerrecht. Denn hierfür kommt es nicht darauf an, ob die Gebühren kraft Hoheitsrechts, sondern darauf, daß sie für Aufwendungen des Staates diesem geschuldet werden.[89]

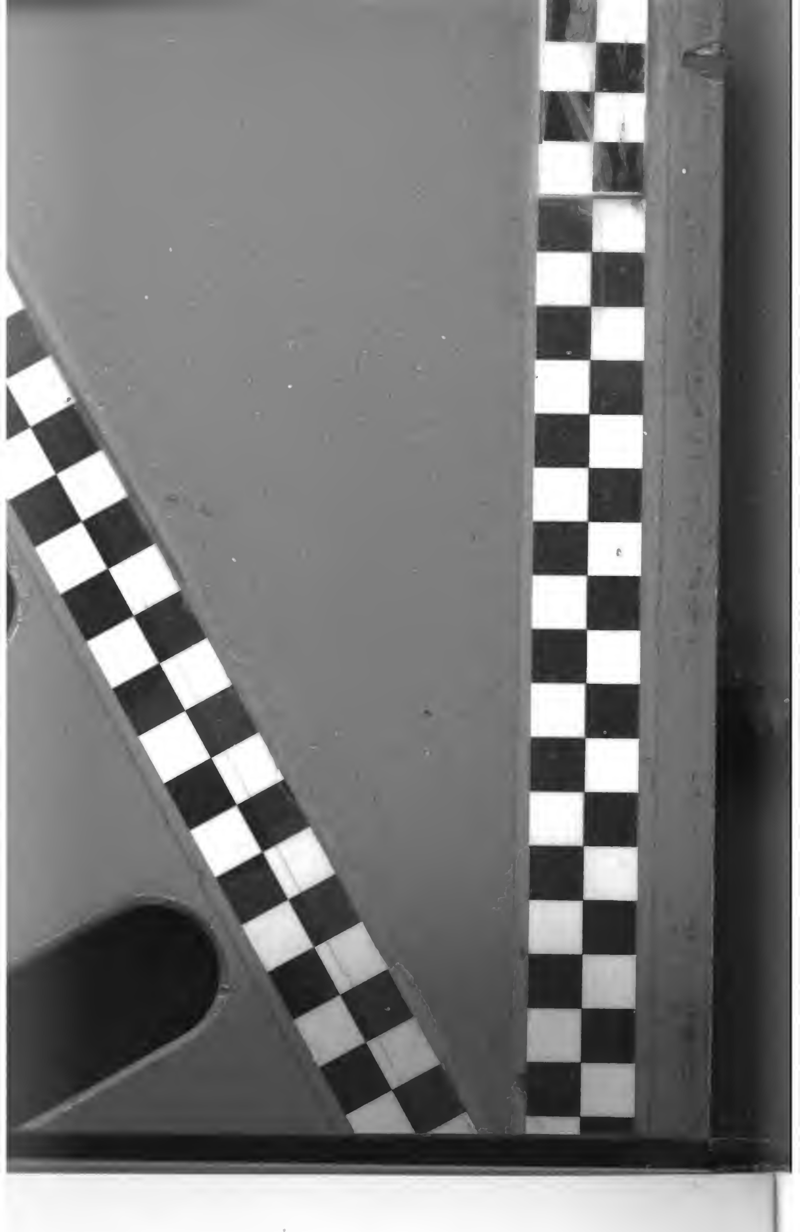
---

86) Diese Bestimmung ist gegenüber dem Reichsrecht dadurch gedeckt, daß sie als Vertragsinhalt anzusehen ist.

87) Vgl. Hauptbl. 1901 Nr. 113; auch §§ 439, 901 in Verb. mit 754 Z. 7, 414, 423 H.G.B.

88) Vgl. Hauptbl. 1895 Nr. 105, 1900 Nr. 37; Schaps S. 384; Wulff I S. 491 Anm. 2. Die Einforderung dieser Abgaben entspringt einem privatrechtlichen Verhältnisse, so daß § 24 Abs. 1 und nicht Abs. 2 darauf Anwendung findet. Auch die Anordnung der Zwangsvollstreckung enthält keine Verfügung im Sinne von § 26 Abs. 2 Verhältnisges., da sie dem Privaten nicht schriftlich eröffnet wird.

89) Vgl. Hauptbl. 1900 Nr. 37; Wulff I S. 491 Anm. 2. A. M. Schaps S. 384.



c) Die Vorschriften über die Höhe und die Pflicht zur Tragung der Gebühren sind in den §§ 22—31 der Quaibetriebsordn. enthalten. Danach sind Gebühren verschiedener Art zu bezahlen, vor allem eine Raumgebühr, welche ausschließlich vom Schiff und eine Ladungsgebühr, welche zu $^{7}/_{10}$ vom Schiff, zu $^{3}/_{10}$ von der Ladung zu entrichten ist. Doch wird die Gebühr im ganzen vom Schiff eingezogen, dem es überlassen bleibt, seinerseits von den einzelnen Ladungsinteressenten den entsprechenden Teil der Gebühr einzuziehen. Auch das Wiege- und Krangeld wird vom Antragsteller erhoben, ohne daß es darauf ankommt, von wem diese Gebühren im inneren Verhältnis zu tragen sind. Die Tragung der Gebühren kann im inneren Verhältnis von den Parteien beliebig geregelt werden, insbesondere dahin, daß die ganze Gebühr von der Ladung zu tragen ist.

IX. Die Dispache wegen großer Haverei[90] ist nach dem H.G.B.[91] und dem Binnenschiffahrtsgesetz[92] in erster Linie durch die ein für allemal bestellten Dispacheure, in Ermangelung solcher durch einen vom Amtsgericht ernannten Dispacheur aufzumachen.[93]

Für alle Häfen des Hamburgischen Staatsgebietes ist der Hamburgische Dispacheur für zuständig erklärt worden (§ 9 A.G. z. H.G.B.).[94]

X. Einzelne Vorschriften des Binnenschiffahrtsges. über die Haftung für die Fahrtüchtigkeit des Schiffes (§ 8 Abs. 4), über die Vertretung des Schiffseigners durch den Schiffer (§§ 15—19), über den Frachtvertrag (§§ 27—57) und über den Ladeschein (§ 72 Abs. 1) kommen bei Schiffen, welche nur zu Fahrten innerhalb desselben Ortes bestimmt sind, nicht zur Anwendung (§ 131 Binnenschiffahrtsges.). Durch die Landesregierungen kann bestimmt werden, daß Fahrten zwischen benachbarten Orten der Fahrt innerhalb desselben Ortes gleichstehen.

Infolge einer zwischen Hamburg und Preußen getroffenen Vereinbarung ist beiderseits, für Hamburg durch Senatsver. vom 1. Juni

90) Wegen Dispache bei besonderer Haverei vgl. § 142 Allgem. Seeverf.Ved. v. 1867.
91) Vgl. §§ 727 ff.
92) Vgl. §§ 84 ff.
93) Vgl. auch §§ 149—158 F.G.G.
94) Seit dem Erlaß des A.G. ist neben dem ersten ein zweiter Dispacheur bestellt worden. Über die Gebühren für die Aufmachung der Dispachen vgl. Tarif v. 18. Febr. 1887 (Wulff I S. 405) und Nr. 3 Bek. des Sen. v. 30. Dez. 1895 (Wulff III S. 155).

1896,[95] für Preußen durch Ver. des Handelsministers vom 29. April 1896[96] bestimmt worden, daß Fahrten zwischen Hamburg und Altona der Fahrt innerhalb desselben Ortes gleichstehen. Das gleiche ist durch die Hamb. Ver. für Fahrten zwischen Hamburg und Billwärder an der Bille bestimmt worden.

XI. Auf dem Gebiet des Bergungsrechts läßt das Reichsrecht dem Landesrecht mehrfach Raum für ergänzende Vorschriften.

1. Dies betrifft namentlich die Anwendung der Strandungsordnung vom 17. Mai 1874.[97]

a) Auch außer dem Falle der Seenot haben die Berger von strand- und seetriftigen oder vom Meeresgrunde heraufgebrachten Gegenständen Anspruch auf Bergelohn (§§ 20, 21 Strandungsordn.). Welche Gewässer bei Anwendung dieser Vorschriften der See gleichzustellen sind, haben die Landesregierungen zu bestimmen (§ 22 Strandungsordn.).

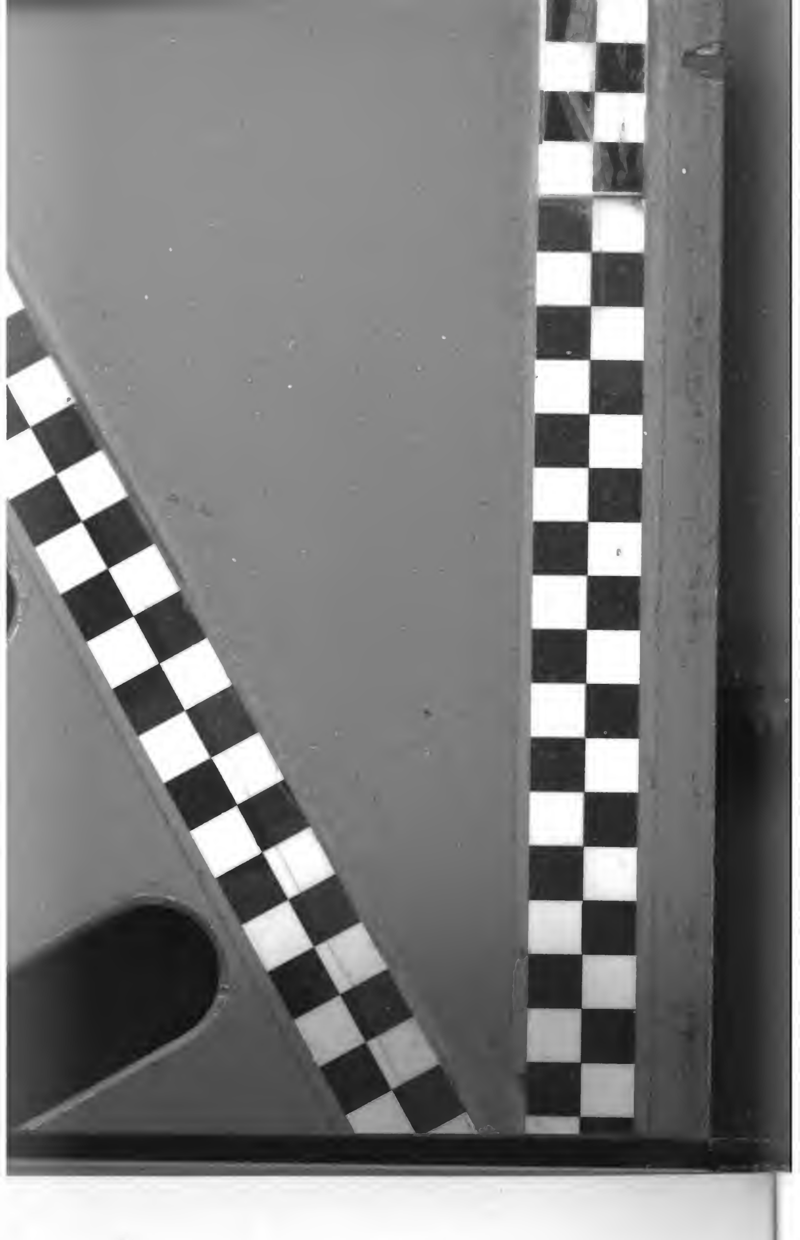
In Hamburg ist durch die Ausführungsverordn. des Senats zur Strandungsordn. vom 23. Dezember 1874 Nr. 3[98] die Unterelbe bis zu der über die Norderelbe führenden Eisenbahnbrücke der See gleichgestellt worden. Danach sind aber Vorkommnisse, die sich auf oder an der Elbe ereignen, ohne an sich zu den Bergungen im Sinne der Strandungsordn. zu gehören, nicht etwa als Bergungen zu behandeln. Vielmehr ist lediglich gesagt, daß unter den Voraussetzungen der §§ 20, 21 der Strandungsordn. ein Anspruch auf Bergelohn entsteht.[99]

b) Die Landesregierungen sind ferner befugt, Anmeldestellen einzurichten, denen die Strandämter jede Bergung in den Fällen der §§ 20, 21 der Strandungsordn. mitzuteilen haben, und bei denen ein Fundverzeichnis zu führen ist (§ 24 Strandungsordn.).

Hamburg hat von dieser Befugnis bisher einen Gebrauch nicht gemacht. Die Fundverzeichnisse werden bei den Strandämtern geführt.[100]

c) Behufs Übernahme der Vertretung der Beteiligten in Bergungs- und Hilfeleistungsfällen können von den Landesregierungen an geeigneten Orten ein und für allemal Sachverständige bestellt werden (§ 17 Strandungsordn.).

95) Vgl. Ges.Samml. 1896 I S. 71; Wulff III S. 155.
96) Vgl. Amtsbl. der Kgl. Reg. zu Schleswig 1896 S. 204.
97) Abgeändert durch Ges. v. 30. Dez. 1901 (R.G.B. 1902 S. 1).
98) Vgl. Wulff I S. 383.
99) Vgl. Entsch. des R.G. 5 S. 91.
100) Vgl. Nr. 6 der Ver. v. 23. Dez. 1874.



Auch hiervon ist für Hamburg ein Gebrauch nicht gemacht worden.[101] Infolgedessen ist erforderlichenfalls für die abwesenden, unbekannten oder ausländischen Beteiligten ein Pfleger zu bestellen.[102]

2. Auch das Binnenschiffahrtsgeſ. kennt den Begriff der Bergung und Hilfeleistung (§§ 93 ff.), aber keine Mitwirkung von Strandbehörden. Den Landesregierungen ist es gestattet, für die der See zunächst gelegenen Binnengewässer hinsichtlich des Verfahrens bei der Bergung und Hilfeleistung und hinsichtlich der zuständigen Behörden, sowie hinsichtlich der Behandlung der geborgenen Gegenstände und der Festsetzung der Bergungs- und Hilfskosten die seerechtlichen Vorschriften für anwendbar zu erklären (§ 101 Binnenschiffahrtsges.).

Dies ist für Hamburg nicht geschehen.

§ 59. Sonstige Einzelheiten aus dem Recht der Schuldverhältnisse.

I. An zerstreuten Einzelheiten seien folgende hervorgehoben:

1. Nach Art. 105 E.G. z. B.G.B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, nach welchen der Unternehmer eines Eisenbahnbetriebes oder eines anderen mit gemeiner Gefahr verbundenen Betriebes für den aus dem Betrieb entstehenden Schaden in weiterem Umfange als nach den Vorschriften des B.G.B. verantwortlich ist. Im gemeinen Recht hatte sich der Grundsatz ausgebildet, daß der Betriebsunternehmer einer obrigkeitlich genehmigten Eisenbahn auch ohne besonderes Verschulden für den durch Betriebshandlungen verursachten Schaden haftete, sofern er bei Vornahme der Handlungen die Verursachung des Schadens durch den Betrieb an sich hatte voraussehen können.[1] Man erblickte hierin das Korrelat gegenüber der Tatsache, daß gegen den Betriebsunternehmer kein Anspruch auf Unterlassung und Einstellung des Betriebes besteht. Dieser Rechtssatz ist als fortbestehend anzusehen.[2] Ob im einzelnen Fall eine unzulässige Einwirkung auf eine Sache stattgefunden hat, richtet sich nach

101) Vgl. Nr. 7 dieser Ver.
102) Vgl. §§ 1911, 1913 B.G.B.; Art. 23 E.G. z. B.G.B.

1) Vgl. Entsch. des R.G. 6 S. 217; 17 S. 103; 30 S. 114; Seuff. Arch. 49 Nr. 236; Beibl. 1907 Nr. 55.
2) Vgl. Beibl. 1907 Nr. 55. Dagegen ist nicht anzunehmen, daß die Vorschrift des Art. 67 IV des alten Statuts für die Straßenbahnen in Geltung geblieben ist, da Art. 105 E.G. z. B.G.B. das Bestehen einer Spezialvorschrift voraussetzt, der gen. Art. 67 eine solche aber nicht enthält.

dem B.G.B., insbesondere § 906; denn diese Frage ergibt sich aus dem nach dem B.G.B. zu bestimmenden Inhalt des Eigentumsrechts.

2. In einer Anzahl von Fällen [3] ordnet das Gesetz einen Verkauf durch einen zu Versteigerungen befugten Beamten oder durch eine öffentliche Versteigerung an.

Für die Vornahme solcher Versteigerungen sind in Hamburg zuständig:

a) die Notare unbeschränkt; [4]

b) die Gerichtsvollzieher, soweit es sich um bewegliche Sachen und solche Rechte handelt, für welche die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften nicht gelten; [5]

c) die beeidigten Auktionatoren im gleichen Umfange wie die Gerichtsvollzieher. [6]

3. Nach § 525 B.G.B. kann bei einer unter einer Auflage gemachten Schenkung nach dem Tode des Schenkers die Vollziehung der Auflage auch seitens der zuständigen Behörde von dem Beschenkten verlangt werden, wenn die Vollziehung im öffentlichen Interesse liegt.

Die Bestimmung der zuständigen Behörde liegt der Landesgesetzgebung ob. Für Hamburg ist die Finanzdeputation als solche bestimmt worden (§ 24 A.G. z. B.G.B.).

4. Nach § 77 H.G.B. bestimmt sich die Dauer der Lehrzeit nach dem Lehrvertrag, in Ermangelung vertragsmäßiger Festsetzung nach den örtlichen Verordnungen oder dem Ortsgebrauche.

Zum Erlaß solcher örtlicher Verordnungen ist der Senat nach eingeholter Zustimmung des Bürgerausschusses für zuständig erklärt worden (§ 1 A.G. z. H.G.B.). Bislang ist eine solche Verordnung nicht erlassen worden.

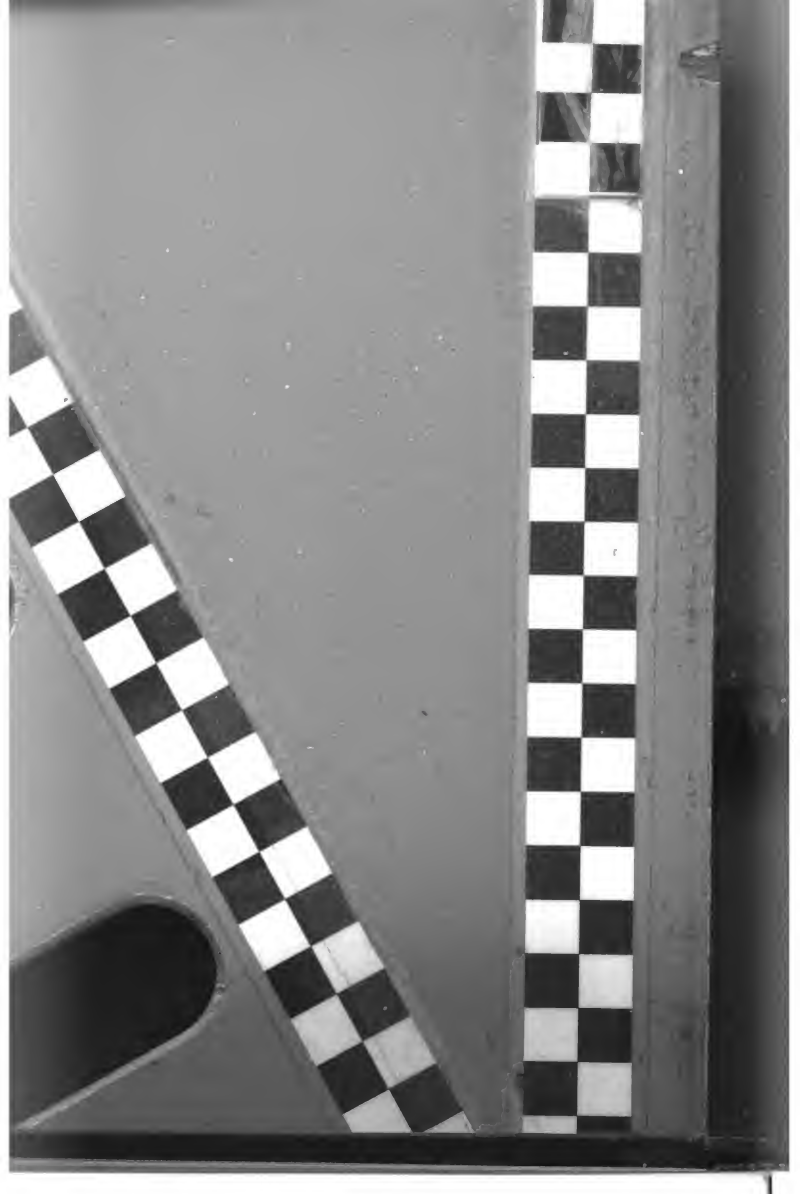
5. Nach §§ 86, 87 des Reichsges. vom 12. Mai 1901 über die privaten Versicherungsunternehmungen müssen ausländische Ver=

3) Z. B. in den §§ 383, 489, 753, 966, 979, 1219, 1221, 1235, 2042 B.G.B.; §§ 220, 290, 373, 376, 379, 388, 391, 437 H.G.B.; § 23 Ges. betr. die Gesellsch. mit beschr. Haftung; § 17 Quaibetriebsordn. v. 22. Dez. 1893.

4) Vgl. § 6 Nr. 3 Ges. betr. das Notariat v. 29. Dez. 1899.

5) Vgl. § 4 Ges. betr. das Gerichtsvollzieherwesen v. 29. Dez. 1899, §§ 96 ff. Instr. für das Gerichtsvollzieheramt usw. v. 1. Jan. 1900.

6) Vgl. § 7 Ges. v. 20. Dez. 1871 betr. Aufhebung des Instituts der beeidigten Mäkler und Ernennung von beeidigten Auktionatoren, § 4 eines voraussichtlich demnächst zu veröffentlichenden neuen Gesetzes. Wenn auch hier die Mobiliarrechte nicht ausdrücklich aufgeführt sind, so wird man die Zuständigkeit der Auktionatoren doch auf sie auszudehnen haben.



sicherungsunternehmungen einen Hauptbevollmächtigten haben, der innerhalb des Reichsgebiets seinen Wohnsitz hat. Solche Vollmachten wurden früher in das Handelsregister eingetragen. Da dies jetzt unzulässig ist,[7] hat die Handelskammer am 2. November 1900[8] eine Bekanntmachung erlassen, nach welcher solche Vollmachten bei ihr hinterlegt werden können. Der wesentliche Inhalt der Vollmacht, darunter auch die Erklärung bez. Unterwerfung unter die Hamburger Gerichtsbarkeit, bez. Bestellung eines neuen Hamburger Vertreters oder eines Liquidators für den Fall des Erlöschens der Vollmacht muß vor der Hinterlegung der Vollmacht in mindestens zwei Blättern veröffentlicht werden.

II. Eine Reihe von Vorbehalten auf dem Gebiete des Rechts der Schuldverhältnisse ist für Hamburg ohne praktische Bedeutung, da von ihnen bisher ein Gebrauch nicht gemacht worden ist. Abgesehen von den an andern Stellen aufgeführten,[9] sind dies diejenigen

1. des Art. 78 E.G. z. B.G.B. über die Haftung der Beamten für ihre Stellvertreter und Gehilfen;
2. des Art. 79 E.G. z. B.G.B. über die Haftung der Grundstücksabschätzer;
3. des Art. 106 E.G. z. B.G.B. über die Haftung für die Sonderbenutzung eines dem öffentlichen Gebrauch dienenden Grundstücks;
4. des Art. 108 E.G. z. B.G.B. über den Ersatz des Schadens bei Aufruhr;
5. des Art. 18 E.G. z. H.G.B. über den Bierlieferungsvertrag.

III. Der Vorbehalt des Art. 76 E.G. z. B.G.B. über den Verlagsvertrag hat inzwischen seine Erledigung gefunden durch das Reichsgesetz vom 19. Juni 1901; der Vorbehalt des Art. 75 betr. das Versicherungsrecht wird voraussichtlich demnächst durch ein Reichsgesetz ebenfalls erledigt werden.

7) Die Eintragung beruhte auf § 28 Hamb. E.G. z. A.H.G.B. vom 22. Dez. 1865, § 3 B 2 des Bundesges. v. 5. Juni 1869. Da diese Vorschriften seit dem 1. Jan. 1900 beseitigt sind, hat die Senatskomm. für die Justizverwaltung durch § 30 Abs. 2 Hamb. F.G.G. die Befugnis erhalten, die früheren Eintragungen zu löschen.

8) Vgl. Ges.Samml. 1900 II S. 237; Wulff III S. 152.

9) Das Recht des Wildschadens wird im Zusammenhange mit dem Jagdrecht in § 86 IV, dasjenige des Pfandleihgewerbes beim Pfandrecht in § 108, dasjenige des Altenteilsvertrages bei den Reallasten in § 103 dargestellt werden.

Drittes Buch.

Sachenrecht.

§ 60. Allgemeines.

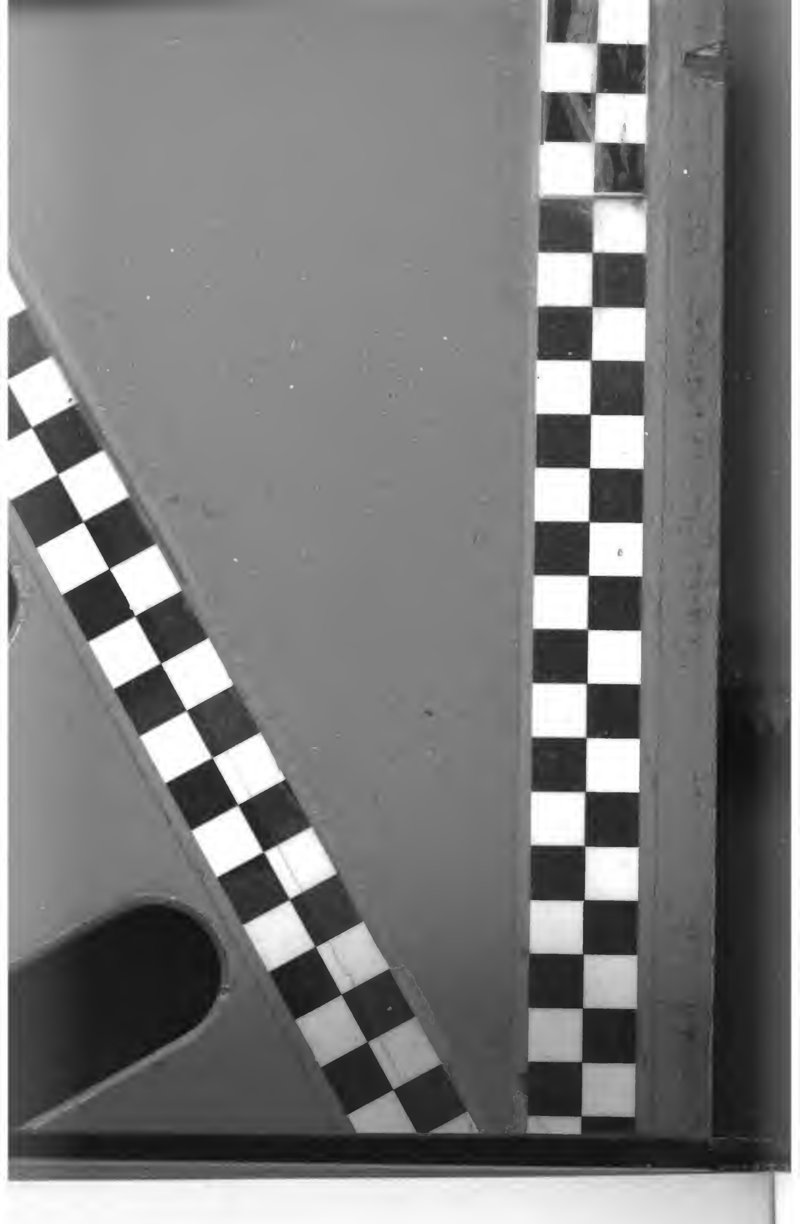
Das Sachenrecht ist derjenige Teil des bürgerlichen Rechts, welcher von den verschiedenen lokalen und wirtschaftlichen Verhältnissen am stärksten beeinflußt ist und auch die meisten Berührungspunkte mit dem öffentlichen Recht hat. Infolgedessen befinden sich auf dem Gebiete des Sachenrechts zahlreiche Vorbehalte für die Landesgesetzgebung.

Hamburg hat von diesen Vorbehalten teilweise Gebrauch gemacht, indem es infolge des Inkrafttretens des B.G.B. die betreffenden Rechtsverhältnisse neu regelte. Weiter sind infolge der Vorbehalte des neuen Rechts alte Bestimmungen, sei es des gemeinen, sei es des partikularen Rechts in Kraft geblieben, endlich haben die Vorbehalte zum Teil für Hamburg eine praktische Bedeutung nicht.

Da das gemeine Recht auf dem Gebiete des Sachenrechts früher für Hamburg vielfach unverändert galt, so kommen auch jetzt auf diesem Gebiet noch zahlreiche gemeinrechtliche Bestimmungen zur Anwendung.

I. Die neben dem Reichsrecht in Kraft stehenden landesrechtlichen Vorschriften des Sachenrechts betreffen, in gemeinsamen Abschnitten zusammengefaßt, folgende Materien:

1. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine Bestimmungen über die dem Rechtsverkehr entzogenen und die öffentlichen Sachen. Da auf diese Sachen vielfach privatrechtliche Grundsätze zur Anwendung kommen, so ist zu erörtern, inwieweit bez. ihrer die Bestimmungen des Landesrechts in Geltung stehen. Hinsichtlich der öffentlichen Sachen ist dies in weitgehendem Maße der Fall, da die öffentlichrechtlichen Bestimmungen der Landesgesetze in Kraft geblieben sind (Art. 55 E.G. z. B.G.B.).



Neue Bestimmungen sind über diese Materie nicht getroffen worden. Die noch geltenden Vorschriften gehören wesentlich dem gemeinen Recht an, welches auch über die rechtliche Behandlung öffentlicher Sachen Vorschriften enthält. Einzelne Vorschriften des gemeinen Rechts, welche als rein privatrechtlich aufzufassen sind, sind aber seit dem Inkrafttreten des B.G.B. fortgefallen, z. B. teilweise diejenigen über den Interdiktenschutz dieser Sachen.[1]

2. Das neue Immobiliarrecht steht grundsätzlich wie das alte Hamburgische Recht auf dem Standpunkte der Publizität, wenngleich das letztere diesen Grundsatz schärfer durchführte, als es im heutigen Recht der Fall ist.[2] Die Durchführung dieses Prinzipes erfordert umfangreiche Vorschriften über die Einrichtung und Führung der Grundbücher, deren Erlaß in die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung verstellt worden ist. Aus diesem Anlaß hat Hamburg eine Anzahl von gesetzlichen Bestimmungen getroffen. S. §§ 63 ff.

3. Das Eigentum ist das wichtigste dingliche Recht. Es ist Gegenstand vieler landesgesetzlicher Vorschriften.

a) Dieselben betreffen zunächst den Inhalt des Eigentums. Das Reichsrecht hat hier dem Landesrecht einen gewissen Spielraum gelassen.

α) Einmal unterliegen dem Landesrecht die Bestimmungen über die öffentlichrechtlichen Beschränkungen des Eigentums, die sog. Legalservituten (Art. 111 E.G. z. B.G.B.). Wenn diese Vorschriften auch an sich dem öffentlichen Recht angehören und gerade aus diesem Gesichtspunkt aufrechterhalten worden sind, so müssen sie doch behandelt werden, da sie der Ausübung der im Privateigentum liegenden Rechte wichtige Schranken setzen.[3] S. §§ 73 ff.

β) Kraft besonderer Bestimmung des E.G. z. B.G.B. sind die Vorschriften unberührt geblieben, welche im Privatinteresse des Nachbarn das Privateigentum noch weiteren Beschränkungen unterwerfen, als im B.G.B. bestimmt ist (Art. 124 E.G. z. B.G.B.). S. § 80.

γ) Als eine Beschränkung des Eigentums ist auch die durch das Enteignungsrecht gewährte Befugnis, das Eigentum zu ent-

1) Vgl. § 61 II 2 f.
2) Vgl. § 63 II 2.
3) Eine vertragsmäßige Beschränkung, welche dem Eigentum zugunsten des Staates auferlegt worden ist, enthält z. B. auch der sog. Kämmereikontrakt, welcher zweckmäßig im Zusammenhang mit den hier genannten Vorschriften zu behandeln ist (s. § 79).

ziehen, anzusehen, welche ebenfalls aufrechterhalten worden ist (Art. 109 E.G. z. B.G.B.). S. § 82.

Neue Vorschriften über den Inhalt des Eigentums sind anläßlich des Inkrafttretens des B.G.B. hinsichtlich der Teilung von Grundstücken und des Unschädlichkeitsverfahrens, sowie bez. des Rechtes auf die im Boden befindlichen Mineralien erlassen worden, im übrigen ist das alte Recht aufrechterhalten geblieben. S. §§ 73, 74, 81.

b) Auch die Materie des Erwerbes des Eigentums läßt dem Landesrecht Raum für besondere Vorschriften.

α) Der Erwerb von Grundeigentum durch Ausländer kann landesgesetzlich beschränkt werden (Art. 88 E.G. z. B.G.B.). Dies ist anläßlich des Inkrafttretens des B.G.B. geschehen. S. § 83.

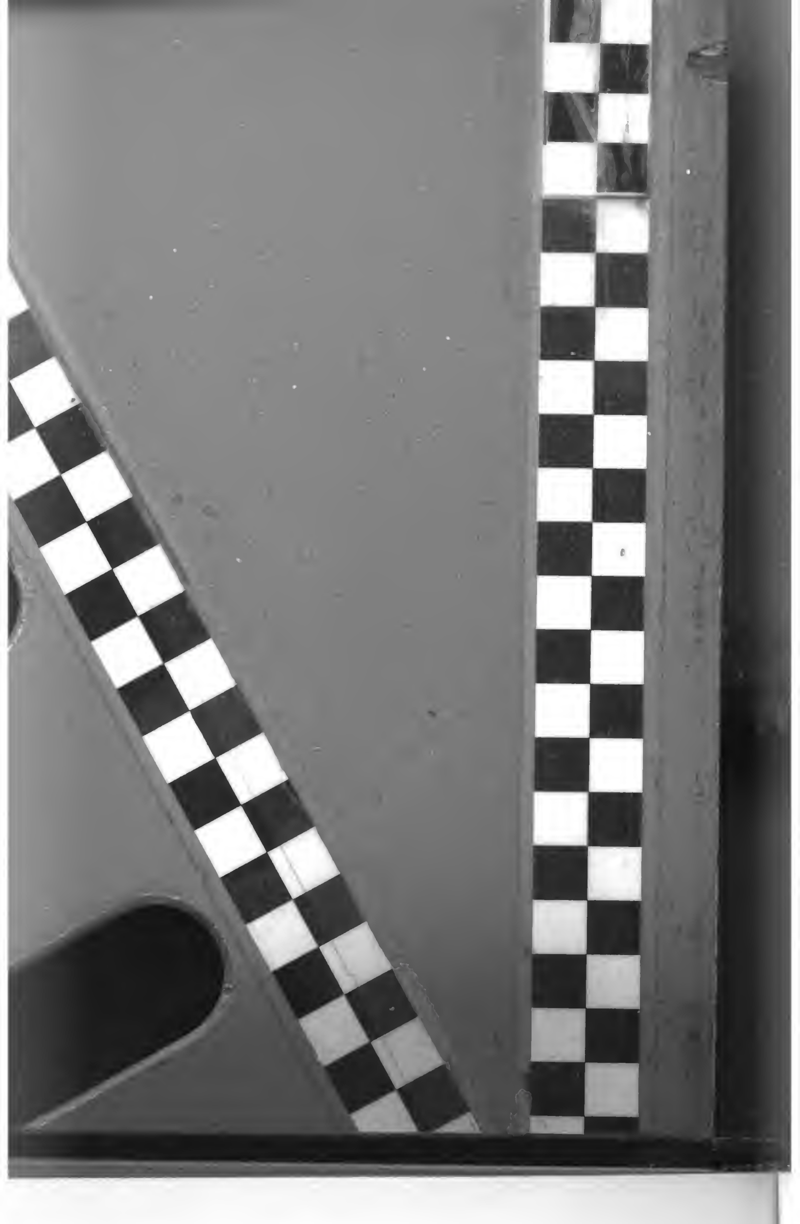
β) Die Vorschriften des B.G.B. über den Fund geben Anlaß zu ergänzenden Bestimmungen des Landesrechts, welche für Hamburg getroffen worden sind. S. § 84.

γ) Der Erwerb des Eigentums durch Jagd und Fischerei ist der Regelung durch das Landesrecht vorbehalten worden (Art. 69 E.G. z. B.G.B.). Hamburg hat das Jagdrecht durch Gesetz vom 2. Januar 1903 neu geregelt, dagegen ist das frühere Fischereirecht in Kraft geblieben. S. §§ 85—87.

4. Im Anschluß an das Eigentum wird zweckmäßigerweise das Wege- und Straßen- sowie das Recht der Gewässer behandelt. S. §§ 88—96.

Diese Materien haben zwar enge Berührungspunkte mit dem öffentlichen Rechte, gehören demselben auch zum großen Teile an, doch müssen sie wegen der zahlreichen privatrechtlichen Beziehungen, denen sie unterliegen, behandelt werden. Neue Vorschriften sind hier anläßlich des Inkrafttretens des B.G.B. für die privatrechtliche Seite des Deichrechts getroffen worden. S. § 95. Im übrigen sind die alten Vorschriften in Kraft geblieben.

5. Auf dem Gebiete des Rechtes der Dienstbarkeiten sind vom Reichsrecht verschiedene Vorbehalte zugunsten der Landesgesetzgebung getroffen worden. Dieselben beziehen sich sowohl auf die Behandlung der alten überkommenen Grunddienstbarkeiten als auch auf Inhalt und Maß der Grunddienstbarkeiten überhaupt, die nach Landesrecht bestimmt werden können (Art. 115 E.G. z. B.G.B.).



Über die überkommenen Grunddienstbarkeiten hat das A.G. z. B.G.B. besondere Vorschriften getroffen, während für Inhalt und Maß der Grunddienstbarkeiten das alte Recht maßgebend geblieben ist. Siehe §§ 97 ff.

6. Auch die Reallasten unterliegen in gewissem Sinne dem Landesrecht. Für das Hamburgische Recht kommen hier namentlich die öffentlichen Reallasten, die alten Renten und die Altenteilsrechte in Betracht. S. §§ 100 ff.

7. Die landesgesetzliche Zuständigkeit auf dem Gebiet des Pfandrechts erstreckt sich in erster Linie auf die Regelung der überkommenen Immobiliarpfandrechte. Sodann ist auch das Recht der gewerblichen Pfandleihe und der Privatpfändung dem Landesrecht überlassen worden (Art. 89, 94 E.G. z. B.G.B.), worüber das Hamburgische Recht Vorschriften enthält. S. §§ 104—109.

8. Wie Dernburg[4] mit Recht bemerkt, ist auch die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen mit dem bürgerlichen Recht zu behandeln, da sie den Kern der Hypothek und der Grundschuld bildet. Von einer gesonderten Behandlung dieser Materie ist hier indessen Abstand genommen, da das Immobiliarzwangsvollstreckungsrecht durch das Reichsrecht fast vollständig geregelt worden ist und das Hamburgische Recht nur einzelne wenige Ausführungsbestimmungen dazu trifft, dagegen den größten Teil der Vorbehalte des E.G. z. Z.V.G. unbenutzt läßt. Die von der Hamburgischen Gesetzgebung geregelten Fragen sind, soweit sie das bürgerliche Recht berühren, an den zugehörigen Stellen erörtert worden.

a) Es sind geregelt worden:

α) die öffentlichen Lasten in § 2 A.G. z. Z.V.G. Siehe § 101.

β) die Behandlung überkommener Grunddienstbarkeiten in § 3 A.G. z. Z.V.G. S. § 97 IV 7.

γ) die Sicherheitsleistung bei der Zwangsversteigerung in § 4 A.G. z. Z.V.G. S. § 38 I.

δ) die Feststellung des Wertes eines Grundstücks im Zwangsversteigerungsverfahren (§ 11 E.G. z. Z.V.G.) in § 5 A.G. z. Z.V.G. Danach kann bei dieser Feststellung die Grundsteuertaxe mit in Rücksicht gezogen werden, doch kann das Amtsgericht auch eine ander=

4) A. a. O. III S. 728.

weitige Schätzung durch Sachverständige anordnen, soweit das Verfahren dadurch nicht aufgehalten wird.

ε) die Veröffentlichung der Terminsbestimmung für die Zwangsversteigerung (§§ 6, 7 E.G. z. Z.V.G.) in § 1 A.G. z. Z.V.G. und Senatsver. vom 15. November 1905.[5] Danach sind die weitergehenden Vorschriften der §§ 6, 34 des Hamb. Z.V.G. vom 14. Juli 1879 aufrechterhalten worden. Die landesgesetzlichen Vorschriften beziehen sich sowohl auf die Art und Weise der Bekanntmachungen, wie auf den Inhalt derselben.

aa) Während nach dem Reichsrecht (§§ 39, 40 Z.V.G.) nur eine Einrückung in das für gerichtliche Bekanntmachungen bestimmte Blatt erforderlich ist, wenn auch das Gericht mehrere Veröffentlichungen vorschreiben kann, schreibt das Hamburger Gesetz bei Grundstücken die dreimalige, bei Schiffen die zweimalige Einrückung in das für die gerichtlichen Bekanntmachungen bestimmte und außerdem für beide Fälle noch die gleichen Einrückungen in ein anderes vom Gericht zu bestimmendes Blatt obligatorisch vor.

bb) Die Terminsbestimmung soll außer der Bezeichnung des eingetragenen Eigentümers, sowie der Angabe des Grundbuchblatts und der Größe des Grundstücks (§ 38 Z.V.G.), die Angabe der Eigenschaft und Wirtschaftsart, der Lage, des Grundsteuerwertes und der Feuerkassentaxe, sowie der sonstigen, für die Beurteilung der Bedeutung und des Wertes des Grundstücks erforderlichen Verhältnisse enthalten.

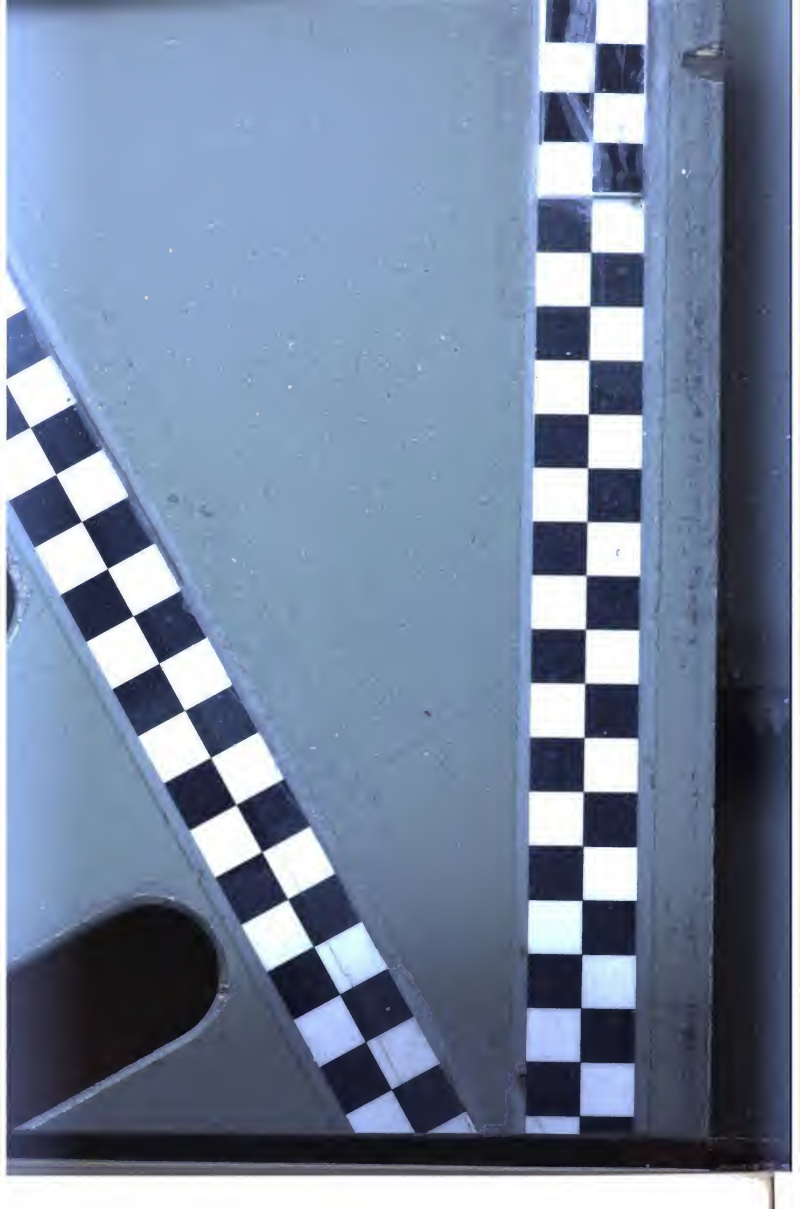
ζ) die Auszahlung eines nach dem Teilungsplane auszuzahlenden Betrages in § 6 A.G. z. Z.V.G. S. § 39 III 5.

η) die Zwangsvollstreckung wegen öffentlicher Abgaben[6] durch Eintragung einer Sicherungshypothek in § 8 A.G. z. Z.P.O. vom 22. Dezember 1899. Dort ist bestimmt, daß in Abweichung von § 866 Z.P.O. die Eintragung einer Sicherungshypothek ohne Rücksicht auf die Höhe der Forderung, also auch bei Beträgen unter 300 Mk. zulässig ist.

b) Nicht praktisch geworden sind für Hamburg die Vorbehalte des E.G. z. Z.V.G. über die Behandlung von agrarrechtlichen Entschädigungsansprüchen (§ 3), über die Beifügung eines Auszugs aus dem

5) Vgl. Ges.Samml. 1905 I S. 120. Im einzelnen vgl. über diese Vorschriften Wulff III S. 393 Anm. 2.

6) Diese Vorschrift gilt eigentlich nur zugunsten der Forderungen Hamburgischer Verwaltungsbehörden, kommt aber im Rechtshilfewege auch auf Ersuchen anderer deutscher Verwaltungsbehörden zur Anwendung (Amtsger.Samml. 1903 S. 104).



Steuerbuch bei der Beantragung der Zwangsversteigerung (§ 5),[7] über die besondere Behandlung der alten Hypotheken im Zwangsversteigerungsverfahren (§ 8),[8] über das Aufgebot im Zwangsversteigerungsverfahren (§ 12) und über die Übertragung der dem Vollstreckungsgericht zugewiesenen Amtshandlungen auf andere Behörden, Beamten oder Notare (§ 13).[9]

9. Das B.G.B. enthält auf dem Gebiete des Sachenrechts eine große Anzahl von Aufgeboten, hinsichtlich deren[10] § 1024 Z.P.O. der Landesgesetzgebung gewisse Bestimmungen vorbehält. Demgemäß ist bestimmt, daß

a) die Veröffentlichung dieser Aufgebote ebenso wie bei Legitimationspapieren erfolgt (§ 6 A.G. z. Z.P.O.; s. § 52 II 3). Doch kann das Gericht die Einrückung in das für amtliche Bekanntmachungen bestimmte Blatt statt in den Reichsanzeiger anordnen und beginnt in letzterem Fall die Aufgebotsfrist mit dieser ersten Einrückung.

b) bei der Kraftloserklärung von Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldbriefen die Veröffentlichung des Aufgebots, des Ausschlußurteils und des die Kraftloserklärung aufhebenden Urteils ebenfalls wie bei Legitimationspapieren erfolgt (§ 5 A.G. z. Z.P.O.). Auch die Vorschriften über die Dauer der Aufgebotsfrist und deren Lauf sind hier die gleichen wie bei den Legitimationspapieren.

II. Eine große Anzahl sachenrechtlicher Vorbehalte ist für Hamburg ohne Bedeutung. Dazu gehören insbesondere die Vorbehalte:

---

7) Im § 1 des Sen.-Entw. des A.G. z. Z.V.G. (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 134, 140) war die Beibringung eines Auszuges aus der Steuerrolle vorgeschrieben worden, doch ist diese Vorschrift auf Antrag der Bürgerschaft gestrichen worden.

8) Vgl. hierüber § 104 IV.

9) Die Zwangsversteigerungen werden demnach in Hamburg nach den Vorschriften des Z.V.G. durch das Vollstreckungsgericht vorgenommen, eine anderweitige Zuständigkeit hierfür besteht nicht. Sonstige öffentliche Verkäufe von Grundstücken erfolgen durch die Notare (§ 6 Notariatsges. v. 29. Dez. 1899), diejenigen der Schiffe auch durch die Auktionatoren (§ 7 Ges. v. 20. Dez. 1871 betr. Ernennung von beeidigten Auktionatoren, § 4 eines voraussichtlich demnächst zu veröffentlichenden neuen Gesetzes) und die Gerichtsvollzieher (§ 4 Ges. v. 29. Dez. 1899 betr. das Gerichtsvollzieherwesen).

10) Aufgebot des unbekannten durch eine Vormerkung gesicherten Gläubigers (§ 887 B.G.B.), des Grundstückseigentümers (§ 927), des unbekannten dinglich Vorkaufsberechtigten (§ 1104), des unbekannten Reallastberechtigten (§ 1112), des unbekannten Hypotheken-, Grundschuld-, Rentenschuld- (§§ 1170, 1171), Schiffspfandgläubigers (§ 1269), sowie zum Zwecke der Ausschließung von Schiffsgläubigern bei See- und Binnenschiffen (§§ 765 H.G.B., 110 Binnenschiffahrtsges.).

1. für Lehen, Stammgüter und Revenuenhypotheken (Art. 59, 60), sowie Rentengüter (Art. 62), da diese Rechtsinstitute in Hamburg nicht vorkommen. Das Recht der Familienfideikommisse wird in Verbindung mit dem Erbrecht (s. § 149) behandelt werden; [11]

2. für Zwangs-, Bann- und Realgewerberechte (Art. 74). Das auf Grund der Medizinalordn. vom 19. Februar 1818 beruhende Recht, eine Apotheke zu halten, ist kein Realgewerberecht, da es nicht an den Besitz eines bestimmten Grundstücks geknüpft ist. Mit Genehmigung des Medizinalamtes kann das Recht an einen Andern verkauft, vererbt und sonstwie übertragen werden, ohne daß das Grundstück gleichzeitig auf den Andern überzugehen braucht; [12]

3. für Retablissementsgesetze (Art. 110);

4. für Bahneinheiten und die Nichteintragung von Ablösungsrechten (Art. 112, 114);

5. für die Verschuldungsgrenze und die Meliorationsdarlehen (Art. 117, 118);

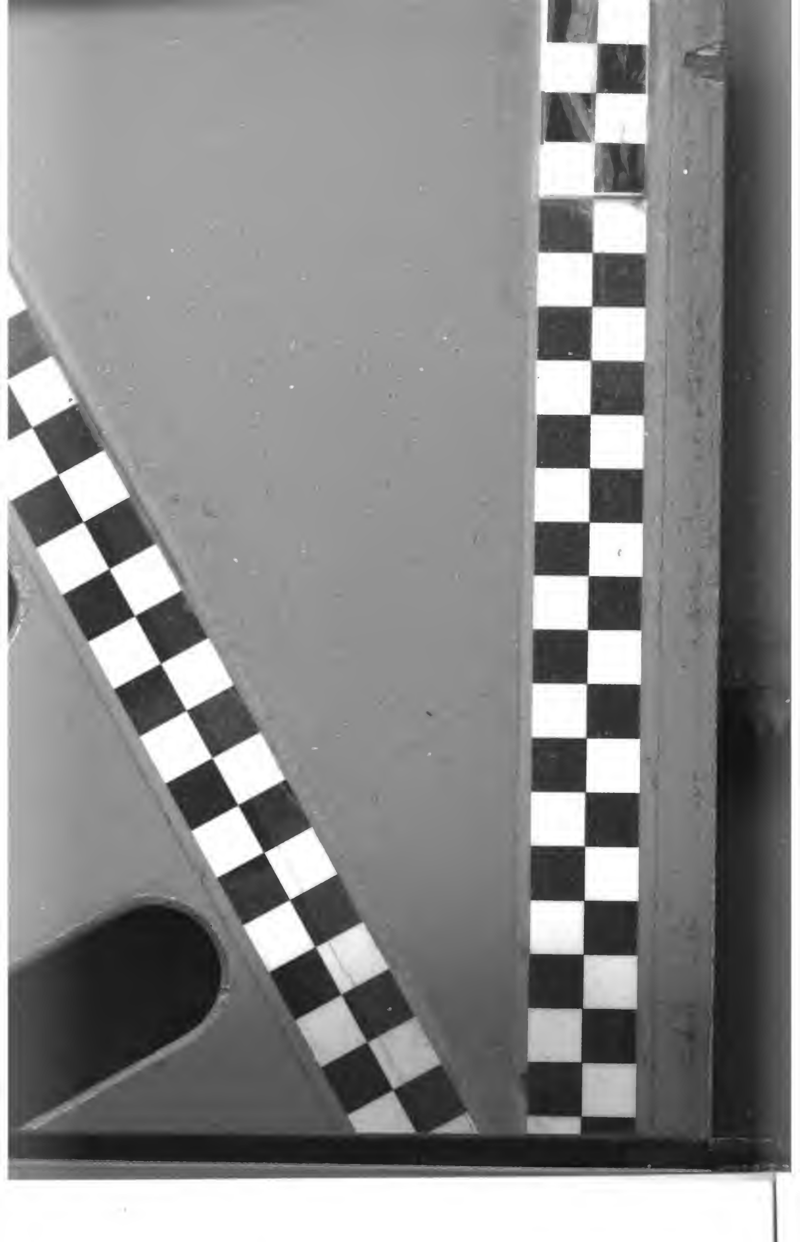
6. für die Behandlung staatlicher Reallasten bei der Grundstücksteilung (Art. 121);

---

11) Das Erbpachtrecht, welches durch Art. 63 E.G. z. B.G.B. aufrechterhalten worden ist, hat im Hamburgischen Staatsgebiet nur verhältnismäßig wenig Verbreitung gefunden, während es z. B. in Lübeck größere Bedeutung erlangt hat und das Lüb. A.G. z. B.G.B. in den §§ 74—80 ausführliche Bestimmungen über das Recht gibt. Abgesehen von dem sog. Kämmereikontrakt, den das Reichsgericht auch als einen Erbpachtvertrag ansieht (s. § 79 I) und welcher unten ausführlich behandelt werden wird, kommen in Hamburg, namentlich in den Vierlanden (Curslack) einzelne Fälle von Erbpachtverhältnissen vor (vgl. Beibl. 1878 Nr. 42, 1886 Nr. 50). Hamburg gehört daher zu denjenigen Staaten, in denen ein solches Recht besteht und gemäß Art. 63 E.G. auch weiter begründet werden kann. Auch eine landesgesetzliche Regelung würde zulässig sein.

Das Erbpachtrecht entsteht durch die Einigung der Beteiligten und bedarf nicht der Eintragung im Grundbuch. Es gewährt dem Erbpächter ein dingliches, vererbliches Nutzungsrecht an dem Gute, welches sich als ein Recht an fremder Sache, als ein dominium utile darstellt. Der Erbpächter hat das volle Recht des Gebrauchs und des Fruchtgenusses (Seuff. Arch. 30 Nr. 30) und eine jährliche Abgabe (Kanon) zu entrichten, auch die auf dem Gute liegenden öffentlichen Lasten, die ordentlichen und die außerordentlichen, zu tragen (Beibl. 1884 Nr. 90). Der Erbpächter kann auch sein Erbpachtrecht belasten, und zwar ohne daß die Zustimmung des Verpächters erforderlich ist. Zur Übertragung seines Rechts auf einen Andern bedarf der Erbpächter der Genehmigung des Obereigentümers. Die römischrechtlichen Vorschriften über die Emphyteusis werden vielfach analog angewandt.

12) Vgl. §§ 65, 66 Mediz.Ordn. v. 19. Febr. 1818 (Wulff II S. 334) und Beibl. 1905 Nr. 17. Nach § 65 Mediz.Ordn. darf kein Apotheker zwei Apotheken besitzen, vielmehr muß er die eine, wenn ihm eine andere zufällt, sofort veräußern.



7. für gewisse Materien des Nachbarrechts (Art. 122, 123, 125), und zwar das Pflanzen von Obstbäumen an der Grenze, den Notweg nach einer Wasserstraße oder Eisenbahn und die Ausdehnung des § 26 G.O. auf Verkehrsunternehmungen;
8. für die Übertragung von Grundeigentum (Art. 126, 127);
9. für das Aneignungsrecht bez. derelinquierter Grundstücke (Art. 129);
10. für die Aneignung von Tauben (Art. 130) und
11. für das Stockwerkseigentum (Art. 131).

Andere Vorbehalte, z. B. diejenigen der Art. 113 und 119, sind von der Hamburgischen Gesetzgebung nicht voll, sondern nur zum Teil benutzt worden.

III. Der Kreis der dinglichen Rechte ist nach dem B.G.B. beschränkt. Nur diejenigen Rechte sind dingliche Rechte, welche im B.G.B. oder, soweit das Vorbehaltsrecht in Betracht kommt, in den Landesgesetzen als solche anerkannt sind. Insofern sind dem Parteibelieben Schranken gezogen. Es kann anderen Rechten nicht etwa durch Eintragung im Grundbuch dinglichen Charakter verleihen. Das Grundbuch ist derartigen auf Parteiwillkür beruhenden Rechten verschlossen.[13]

Erster Abschnitt.

Dem Verkehr entzogene und öffentliche Sachen.

§ 61. Begriffsbestimmung.

I. Das B.G.B. enthält keine Vorschriften über die den Zwecken der Allgemeinheit gewidmeten Sachen. Es spricht sich insbesondere nicht darüber aus, inwieweit diese Sachen dem Rechtsverkehr entzogen sind. Damit ist nicht gesagt, daß in dieser Beziehung das Landesrecht ausschließlich maßgebend geblieben ist. Wie die Motive zum Entwurf I des B.G.B.[1] erklären, ist eine positive Bestimmung dahin, daß Rechte an allen Sachen nicht begründet werden können, welche vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit der tatsächlichen Beherrschung durch menschliche Willkür entzogen sind, deshalb nicht in das Gesetzbuch aufgenommen

13) Vgl. Planck, Vorbem. z. Sachenrecht III S. 7; Entsch. des R.G. 48 S. 63; 51 S. 86; 57 S. 333.

1) Vgl. III S. 26, auch Mot. z. Entw. I des E.G. z. B.G.B. S. 196.

worden, weil dieser Satz kein Rechtssatz ist, sondern nur eine notwendige Folgerung aus Verhältnissen, welche unabhängig von der Rechtsordnung sind, eine Wahrheit, welche gilt, gleichviel ob das Gesetz sie anerkennt oder nicht.

1. Danach müssen schon aus natürlichen Gründen als dem Rechtsverkehr entzogen gelten: die atmosphärische Luft, das offene Meer, die fließende Welle,[2] auch das Grundwasser. Mit Recht ist aber neuerdings hervorgehoben worden, daß dieser Satz der praktischen Bedeutung entbehrt,[3] ja daß es sich hier gar nicht um Sachen im Rechtssinne handelt, da der Begriff der Sache stets eine räumliche Abgrenzung, ein durch Zusammenfassung in Röhren oder Behältern hergestelltes gesondertes Dasein erfordere.[4] Sobald eine solche Absonderung hergestellt wird, sobald also Luft oder Wasser in Röhren oder Behältern gefaßt sind, unterliegen sie den allgemeinen Vorschriften über Rechte an Sachen.

2. Gerade mit Rücksicht auf diese unter 1 erwähnten Begriffe greifen mehrere Vorbehalte der Landesgesetzgebung Platz. Einmal kommt in Betracht, daß nach Art. 55 E.G. z. B.G.B. die öffentlichrechtlichen Vorschriften, welche sich hierauf beziehen, in Kraft geblieben sind. Sodann sind nach Art. 65 E.G. z. B.G.B. die landesgesetzlichen Vorschriften des Wasserrechts vom B.G.B. unberührt geblieben. Dies hat Bedeutung

a) für das Recht der Flüsse und Ströme. Denn wenn auch die fließende Welle als solche nicht im Rechtsverkehr steht, so sind doch Rechte an Flüssen im ganzen zulässig. Das Recht der Gewässer wird im einzelnen unten §§ 92 ff. behandelt werden.

b) für das Recht am Meeresstrande. Das römische Recht[5] entzog auch die Küste des Meeres dem Rechtsverkehr. Nach der neueren gemeinrechtlichen Ansicht, die zwar bestritten, aber als richtig anzusehen ist,[6] bestand indessen am Ufer des Meeres ein Eigentum des Staates,

---

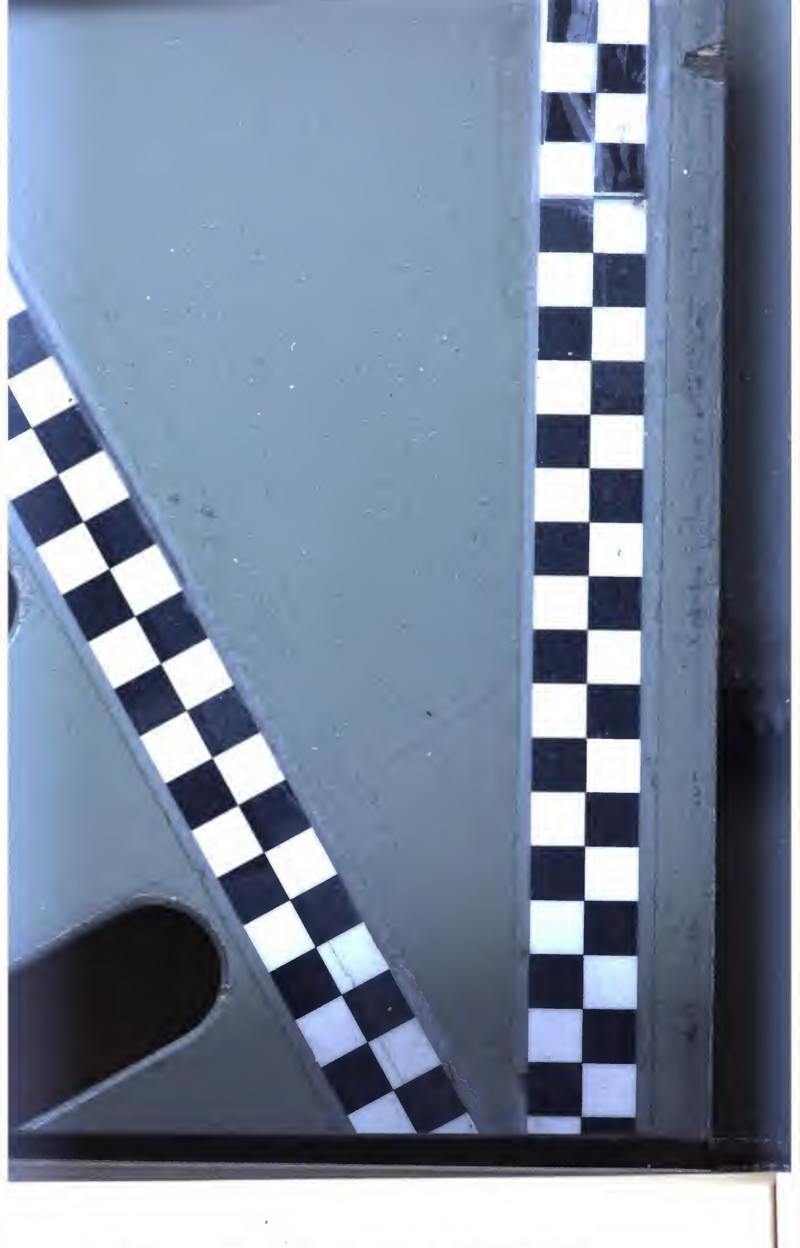
2) Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten I § 146; Dernburg, Pandekten I § 69. Da das Grundwasser in niemandes Eigentum steht, ist es dem Nachbar nicht verboten, durch Anlagen auf seinem Gebiet dem Brunnen des Nachbargrundstücks das Wasser zu entziehen, soweit es nicht aus Schikane geschieht (Beibl. 1905 Nr. 163).

3) Vgl. Pernice in der Berliner Festgabe für Dernburg 1900 S. 125 f.

4) Vgl. Dernburg III § 1 Ziff. 3; Dorner-Seng S. 119.

5) Vgl. § 1 Inst. de rerum divis. 2, 1.

6) Vgl. Windscheid-Kipp I § 146 Nr. 2, Nachtrag zu § 147; Dernburg, Pand. I § 69 zu 9, 10; Planck VI Art. 65 Anm. 1; Urt. des R.G. v. 5. Mai 1900 in Seuff. Arch. 55 Nr. 194.



welches aufrechterhalten ist. Auch wenn man den Art. 65 E.G. dahin auslegt, daß er sich nur auf die Landgewässer bezieht, ist das Eigentum des Staates, da es in dem öffentlichen Rechte seine Grundlage hat, erhalten geblieben.

II. Außer den vorstehend erwähnten kennt das heutige Hamburgische Recht keine Sachen, welche dem Rechtsverkehr ganz entzogen sind, vielmehr besteht bei einzelnen Sachen lediglich eine Beschränkung des Rechtsverkehrs mit Rücksicht auf den Zweck, dem diese Sachen dienen. Es sind dies die sog. öffentlichen Sachen. Diese sind des privaten Eigentums wie auch sonstiger Privatrechte in vollem Umfange fähig.

1. Eine besondere Betrachtung erheischen die dem Gottesdienst geweihten Sachen und die Begräbnisplätze, die res sacrae und religiosae, welche nach römischem Recht ebenfalls als res extra commercium galten. Das gemeine Recht,[7] welches in Hamburg galt, hat aber auch an diesen Sachen Rechte der Kirchengemeinden und der Privaten entwickelt, die als Privatrechte anzusehen sind. Diese Rechte sind jedoch mit Rücksicht auf die Zweckbestimmung der Sachen beschränkt; es darf an den Sachen kein profaner Gebrauch stattfinden und es sind Rechtsgeschäfte über sie unzulässig, wenn sie der Zweckbestimmung der Sachen zuwiderlaufen.[8] Die Sachen sind also insoweit dem Rechtsverkehr entzogen, als sie dem Zwecke dienen, welchem sie gewidmet sind. Wieweit den Religionsgenossen an diesen Sachen ein Recht des Gemeingebrauchs zusteht, ist durch die Satzungen und Gebräuche der bezüglichen Religionsgemeinschaft bedingt.

Ursprünglich beruhte die Entziehung dieser Sachen aus dem Rechtsverkehr und die Beschränkung der Verkehrsfähigkeit auf der Tatsache der Weihe der Sachen. Dieser Grund ist heute fortgefallen, denn die Weihe wirkt nicht über den Bezirk der Kirchengemeinschaft hinaus. Entscheidend ist vielmehr heute für die Beschränkung der Verkehrsfähigkeit die Tatsache, daß die Sachen öffentlichen Zwecken, d. h. den Zwecken einer öffent-

---

7) Vgl. Windscheid-Kipp I § 147; Dernburg, Pand. I § 70; Dernburg III S. 29.

8) Vgl. z. B. Entsch. des R.G. 27 S. 256; 42 S. 57, wo zwar für das Gebiet des Preuß. Landr. entschieden ist, aber in einer auch für das gemeinrechtliche Gebiet anwendbaren Form; ferner Stobbe, Privatrecht 1 S. 530. — Dieser Grundsatz kommt auch darin zum Ausdruck, daß das für die Feuerbestattung und die Beisetzung der Aschenreste bestimmte Grundstück in Ohlsdorf ausdrücklich für unveräußerlich erklärt worden ist (§ 10 Ges. v. 14. Jan. 1903).

lich anerkannten Religionsgemeinschaft dienen, sie sind also heute als eigentliche öffentliche Sachen anzusehen.[9]

Soweit die hierüber früher geltenden Vorschriften öffentlichrechtlicher Natur sind, sind sie nach Art. 55 E.G. z. B.G.B. aufrechterhalten; soweit sie privatrechtlicher Natur sind, wie z. B. die Rechte auf die Benutzung von Kirchenstühlen und Begräbnisstätten, sind sie nur insoweit bestehen geblieben, als dies besonders angeordnet ist, z. B. in Art. 133, 111 E.G. z. B.G.B. und § 90 G.B.O.

Im einzelnen s. hierüber unten § 62.

2. Der Begriff der öffentlichen Sachen hat sich in Hamburg auf Grund des gemeinen Rechts entwickelt. Die Abgrenzung der res publicae in publico usu ist aber nicht ganz zweifelsfrei. Grundsätzlich werden als öffentliche Sachen diejenigen zu bezeichnen sein, welche unmittelbar der Allgemeinheit zu dienen bestimmt sind und im Gemeingebrauch derjenigen stehen, welche Zutritt zu ihnen haben.

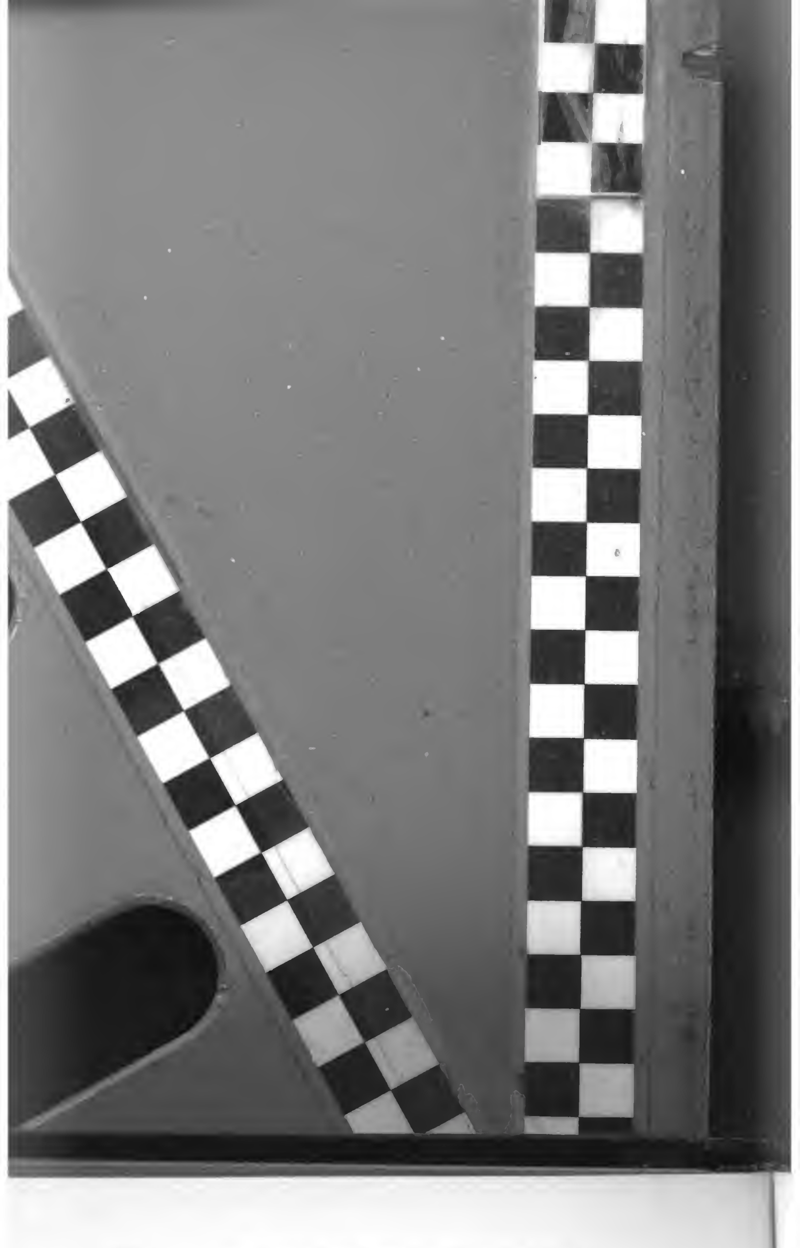
a) Es kommt lediglich auf diese Zweckbestimmung, nicht darauf an, ob die Sachen an sich im Eigentum einer Person des öffentlichen Rechts stehen. Der Staat, die Gemeinden, öffentlichen Korporationen verfügen über Vermögen, welches zur Bestreitung ihrer besonderen Bedürfnisse dient — patrimonium fisci, Finanzvermögen[10] —, aber nicht im Gemeingebrauch steht. Auf dieses Vermögen, welches dem Eigentümer nach den Regeln des gewöhnlichen Privateigentums zusteht, finden die Bestimmungen des Privatrechts Anwendung, es ist dem Rechtsverkehr in keiner Weise entzogen. Auch die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen ist in diese Sachen nicht ausgeschlossen, da eine abweichende Vorschrift nicht besteht. S. § 24 a. E.

Auf der anderen Seite ist es möglich, daß eine öffentliche Sache, ein öffentlicher Weg, eine öffentliche Straße oder Brücke im Eigentum eines

---

9) Vgl. Dernburg III S. 30; Dorner-Seng S. 123.

10) Vgl. oben § 24 I; ferner Dernburg III S. 30; Oertmann S. 122. Vgl. auch Beibl. 1905 Nr. 20. Hierzu gehören auch die städtischen Gaswerke, da dieselben wesentlich zum Zweck des Erwerbs betrieben werden. Der Vertrag zwischen dem Staat und den Gasabnehmern ist ein rein privatrechtlicher Vertrag, wenn auch die Vertragsbedingungen allgemein festgestellt und von der Deputation für das Beleuchtungswesen in der Ges.Samml. (1905 II S. 223) veröffentlicht worden sind. Es besteht für die Verwaltung der Gaswerke ein Kontrahierungszwang. Die Lieferung von Gas kann nur unter gewissen Umständen, insbesondere bei mangelhafter Sicherheit der Leitungen, versagt werden. Andererseits ist die Verwaltung im Vergleich zum B.G.B. leichter in der Lage, bei Säumigkeit des Privaten in der Bezahlung der Gasrechnung den Vertrag aufzuheben (vgl. §§ 1, 10 der Bedingungen).



Privaten steht.[11] Dies ist z. B. der Fall bez. der den öffentlichen Zwecken dienenden Anlagen der Lübeck-Büchener Eisenbahn.

b) Die öffentliche Sache kann der Allgemeinheit in verschiedener Weise dienen.

α) Der Gebrauch der Sache steht jedermann frei, so bei öffentlichen Straßen, Wegen, Plätzen, Wasserläufen, Häfen.

β) Der Gebrauch der Sache steht dem Einzelnen nur beschränkt oder nur einem beschränkten Personenkreis oder dem Publikum gar nicht frei. In diesen Fällen muß die Sache der Erfüllung allgemeiner Zwecke der Staats- und Gemeindeverwaltung dienen, nicht aber zur Erzielung eines ökonomischen Ertrages. In diese Kategorie fallen öffentliche Schul- und Dienstgebäude, Museen, Festungswerke.[12]

c) Eine gesetzliche Regelung der öffentlichen Sachen und der Wirkung des Gemeingebrauchs auf dieselben ist in Hamburg weder früher, noch bei Gelegenheit des Inkrafttretens des B.G.B. erfolgt. Man wird daher die dem öffentlichen Recht angehörenden Grundsätze des früheren gemeinen Rechts und in privatrechtlicher Beziehung diejenigen des neuen Reichsrechts zur Anwendung zu bringen haben.

α) Der juristische Charakter der Rechte an den öffentlichen Sachen ist sehr bestritten. Man hat auf der einen Seite die Sachen als in niemandes Eigentum stehend bezeichnet und dem Staate oder der Gemeinde lediglich ein Hoheitsrecht[13] zuerkannt oder aber das Recht als ein öffentliches[14] oder publizistisches[15] Eigentum dargestellt,

---

11) Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht I S. 533; Windscheid-Kipp I § 146 Nr. 14; Dernburg III S. 31; Oertmann S. 123; Entsch. des R.G. 8 S. 158; Seuff. Arch. 34 Nr. 7, 37 Nr. 285; Beibl. 1904 Nr. 60, 1905 Nr. 141.

12) Dorner-Seng (S. 121) will die Beschränkung der Verkehrsfähigkeit auf diese Sachen nicht erstrecken; doch ist dem nicht beizutreten; vgl. auch Dernburg III § 712.

13) So Ihering, Vermischte Schriften S. 103 f.; Keller, Rechtsgutachten, die Festungswerke der Stadt Basel nach dem gegenwärtigen Rechtsverhältnisse betreffend, sowie Nachtrag zu diesem Gutachten.

14) So Kisch S. 379 ff., der sich übrigens wesentlich auf O. Mayer (Verwaltungsrecht S. 60 ff.) und Anschauungen stützt, die dem französischen und elsaß-lothringischen Recht eigentümlich sind, und nicht ohne weiteres auf das gemeinrechtliche Gebiet angewandt werden dürfen. Vgl. dazu auch Jellinek, System der öffentl. Rechte (2. Aufl.) S. 76 und die Zitate in Anm. 3 dieser Seite.

15) So Eisele, Über das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu nach römischem Recht.

welches sich von dem Privateigentum grundsätzlich unterscheide. In Hamburg hat letztere Ansicht früher keine Vertretung gefunden. Die in Hamburg anerkannte und von der Praxis der Hamburger Gerichte[16] vertretene gemeinrechtliche Ansicht[17] nahm ein wahres Privateigentum des Staates usw. an den öffentlichen Sachen an. Nur die öffentlichen Flüsse und Deiche wurden als im Eigentum niemandes stehend angesehen.[18] Für diese Ansicht spricht, daß die öffentlichen Sachen nach der gemeinrechtlichen Anschauung auch im Eigentum von Privaten stehen können, wo von einem Hoheitsrecht nicht die Rede sein kann, daß die Nutzungen der öffentlichen Sachen, z. B. das Gras und die Früchte, welche an öffentlicher Straße wachsen, dem Eigentümer[19] zufallen und daß nach dem Aufhören des publicus usus das unbeschränkte Privateigentum zutage tritt. Da mithin von einem publizistischen Eigentum in Hamburg früher nicht die Rede war, so muß man auch heute annehmen, daß die öffentlichen Sachen, abgesehen von den Flüssen und Deichen, deren Sonderrecht erhalten geblieben ist, in einem Eigentum des bürgerlichen Rechtes stehen.

Dieses Eigentum ist jedoch aus öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten hinsichtlich seiner Ausübung wesentlich beschränkt. Die Beschränkungen ergreifen die Substanz des Rechtes in solchem Maße, daß das gemeine Recht die öffentlichen Sachen geradezu als res extra commercium bezeichnete. Der Grund dieser Beschränkungen ist der Gemeingebrauch der Sachen. Dieser Gemeingebrauch, dessen Rechtsnatur streitig ist, stellt eine allgemeine Befugnis ohne eigentlichen Rechtscharakter dar. Er enthält im wesentlichen die Verpflichtung für den Eigentümer bez. den Staat, alle Menschen zu der Benutzung der Sache zuzulassen.[20] Die Befugnis dauert für den Einzelnen so lange, als die Bestimmung zum Gemeingebrauch dauert. Die Befugnis wurzelt im öffentlichen Recht und ist selbst ein öffentliches Recht. Sie enthält insbesondere nicht etwa ein subjektives, servitutenähnliches Privatrecht des Einzelnen an der öffentlichen Sache.[21] Dies muß namentlich jetzt gelten,

---

16) Vgl. Beibl. 1872 Nr. 8, 42; 1875 Nr. 6; Entsch. des R.G. 8 S. 156.

17) Vgl. Dernburg, Pand. I § 71; Bürg. Recht III S. 31; Windscheid-Kipp I § 146 Anm. 17; Nachtrag zu § 147 Nr. 3; Oertmann S. 122.

18) S. unten § 92 III, und § 51 A.G. z. B.G.B. bez. der Deiche.

19) Oder dem Unterhaltungspflichtigen, z. B. bei öffentlichen Wegen.

20) Vgl. Jellinek, System usw. (2. Aufl.) S. 75.

21) Vgl. über diese recht bestrittene Frage Regelsberger, Pand. S. 426; Oertmann S. 310 ff.; Dorner-Seng S. 126.



wo die gemeinrechtlichen interdicta zum Schutze der öffentlichen Sachen, welche jedermann die gerichtliche Geltendmachung des Gemeingebrauchs gestatteten, im allgemeinen fortgefallen sind.

Wieweit sich der publicus usus erstreckt, richtet sich nach der Art der Sachen. Dies wird später im einzelnen bez. der öffentlichen Wege (§ 88) und der öffentlichen Gewässer (§ 92) auszuführen sein.

β) Aus der rechtlichen Natur der öffentlichen Sachen ergeben sich folgende Sätze:

aa) Das Eigentum an den öffentlichen Sachen ist grundsätzlich dasselbe geblieben wie früher; nur steht es heute unter den Vorschriften des B.G.B. Besondere Vorschriften sind in § 90 G.B.O. enthalten, wonach gewisse öffentliche Sachen vom Grundbuchzwang befreit werden können und in Art. 127 E.G. z. B.G.B., wonach für diese Sachen landesgesetzlich eine Ausnahme vom Auflassungszwang gemacht werden darf.[22]

Demnach kann das Eigentum an öffentlichen Sachen auch übertragen werden, soweit nicht durch eine Übertragung die Zweckbestimmung der Sache vereitelt wird. Eine mit dem Gemeingebrauch im Widerspruch stehende Übertragung ist nichtig. Die privatrechtlichen Vorschriften über das Nachbarrecht finden ebenfalls Anwendung, soweit nicht das öffentliche Recht Vorschriften trifft.[23]

bb) Auch dingliche Rechte Einzelner können an den öffentlichen Sachen bestehen.[24] Dieselben müssen mit dem gemeinnützigen

---

22) Hamburg hat von diesem Vorbehalt einen Gebrauch nicht gemacht; vielmehr erfolgt nach § 29 A.G. z. B.G.B. die Übertragung buchungsfreier Grundstücke nach den Vorschriften des B.G.B (s. § 65 I b). Kisch (S. 382) hält von seinem Standpunkt des besonderen öffentlichen Eigentums aus den § 90 G.B.O. rechtlich für überflüssig. Aber im Zweifel ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber etwas Überflüssiges angeordnet hat, besonders da zur Zeit des Erlasses des B.G.B. und der G.B.O. die Ansicht über das Eigentum des Staates, der Gemeinde usw. an den öffentlichen Sachen in der gemeinrechtlichen Literatur die herrschende war. Daher spricht die Existenz dieser Vorschrift für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht über die rechtliche Natur des Eigentums an öffentlichen Sachen.

23) So mit Recht Dernburg III S. 31; a. M. Dorner-Seng S. 126. § 911 Satz 2 B.G.B. ergibt aber, daß an sich die Vorschriften des Nachbarrechts hier Platz greifen, denn sonst würde diese Vorschrift überflüssig sein. Daß im öffentlichen Interesse gegebene Spezialvorschriften (z. B. über Bau- und Straßenlinien) den privatrechtlichen Vorschriften vorgehen, ist selbstverständlich.

24) Z. B. am öffentlichen Grund und Boden oder am Flußbett eines öffentlichen Stroms; auch kann der öffentliche Bach überbrückt und mit einem Privatgebäude überbaut sein. Vgl. Entsch. des R.G. 8 S. 158; ferner auch Entsch. des R.G. 3 S. 172, 25 S. 244; Beibl. 1883 Nr. 166, 1903 Nr 96.

Zwecke verträglich sein, dürfen aber nicht lediglich in der Ausübung des allgemeinen Gebrauchsrechts bestehen, da sie dann keine Sonderrechte sind. Solche Rechte können entweder in der rein tatsächlichen Einräumung des gesonderten Gebrauchs bestehen oder aber den ausschließlichen Besitz der Sache und eine rechtlich geschützte Herrschaft begründen, wie es z. B. bei Begräbnisstätten der Fall ist.[25]

Zur Einräumung solcher Rechte wird häufig die Form des Vertragsschlusses gewählt. Verträge, durch welche der Staat die Nutzung der ihm gehörigen Sachen gestattet, werden in Hamburg durchweg als privatrechtliche Verträge angesehen und unterliegen dem ordentlichen Rechtsweg. Solche Verträge sind aber immer nur zulässig, soweit die öffentliche Bestimmung der Sache nicht entgegensteht.

cc) Eine Ersitzung der öffentlichen Sache durch einen Dritten ist heute ebensowenig zulässig wie früher, da die Sache dadurch ihrem Zweck entfremdet würde, ganz abgesehen davon, daß die Ersitzung durch das Grundbuchsystem ihre Bedeutung für das Immobiliarrecht verloren hat.

dd) Die Zwangsvollstreckung in öffentliche Sachen war nach gemeinem Recht unzulässig. Auch heute muß dies gelten, soweit wenigstens durch die Zwangsvollstreckung der Gemeingebrauch irgendwie beeinträchtigt werden würde.[26]

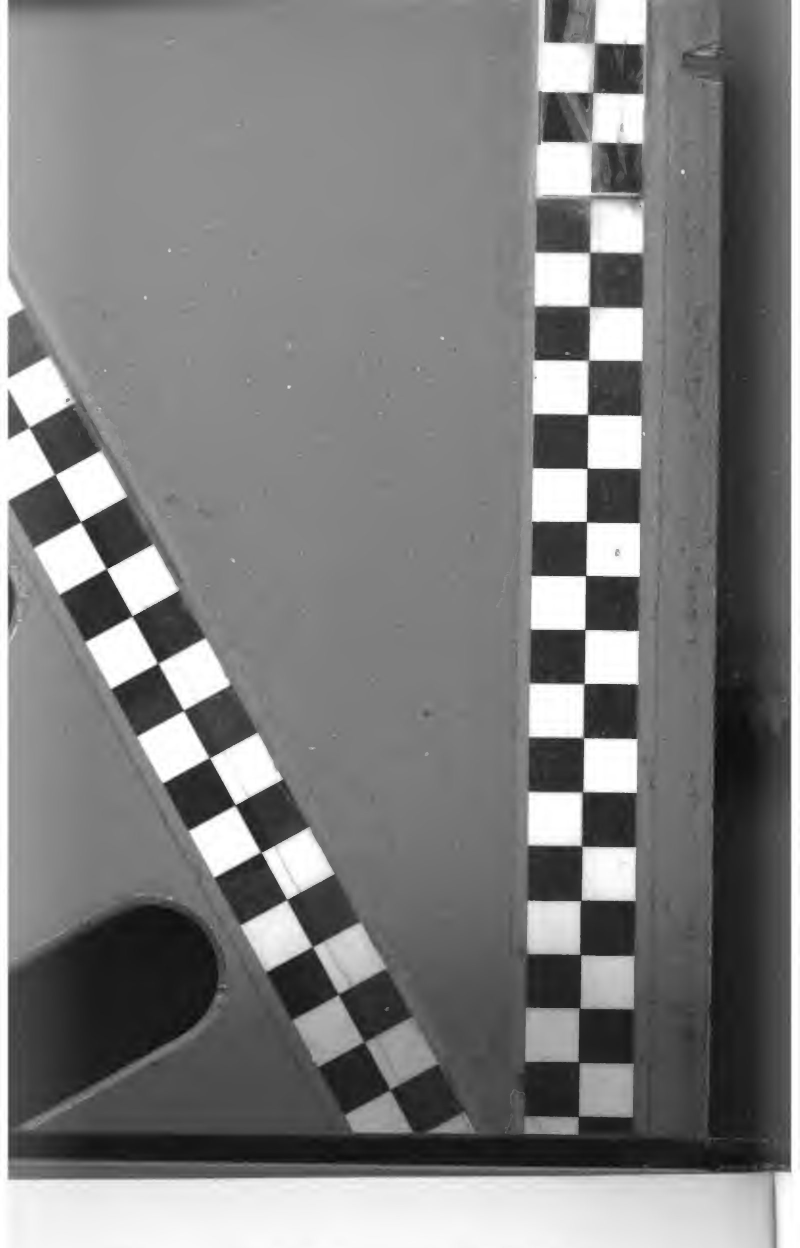
d) Die Widmung zum Gemeingebrauche kann auf verschiedene Weise erfolgen:

α) Durch Rechtssatz kann bestimmt sein, daß gewisse Sachen öffentliche sind, z. B. sind die beständig fließenden Flüsse kraft Rechtssatzes öffentliche Flüsse.

β) Durch Verfügung der zuständigen Behörden können Sachen dem Gemeingebrauch gewidmet werden. Die Behörde hat dann auch zu bestimmen, wieweit der Gemeingebrauch der Sache sich erstrecken soll. Dagegen genügt die private Bestimmung nicht, um eine Sache zur öffentlichen zu machen, vielmehr ist die Annahme seitens der behördlichen Organe erforderlich.

γ) Die Eigenschaft der öffentlichen Sache kann sich auch in hervorragendem Maße auf die unvordenkliche Verjährung stützen, insbesondere bei Wegen und Straßen. Voraussetzung ist, daß die Sache seit unvordenklicher Zeit, d. h. über Menschengedenken hinaus, während

25) Vgl. O. Mayer, Verwaltungsrecht S. 137 ff.
26) Vgl Windscheid-Kipp I, Nachtrag zu § 147 Nr. 3.



40 Jahren, ununterbrochen als eine öffentliche benutzt worden ist und daß keine sichere Kunde darüber besteht, daß es sich früher jemals anders verhalten habe.[27] S. § 35 IV, wo ausgeführt ist, daß die unvordenkliche Verjährung als Rechtsinstitut des Landesrechts erhalten geblieben ist. Für die vorliegenden Fälle kann dies ernstlich nicht bestritten werden, da der Erwerb der Eigenschaft als öffentliche Sache, wie auch der Erwerb von Rechten an öffentlichen Sachen auf öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten beruht. Auch durch Art. 111 E.G. z. B.G.B. dürfte in den meisten hierher gehörenden Fällen die Aufrechterhaltung der unvordenklichen Verjährung gedeckt sein.

e) Die Eigenschaft der Sache als einer öffentlichen erlischt mit der Aufhebung der Widmung der Sache zum Gemeingebrauch seitens der zuständigen Behörde oder Anstalt des öffentlichen Rechts; ob die Sache selbst ihre bisherige Gestalt behält, ist gleichgültig.[28] Mit dem Wegfall der Widmung zum Gemeingebrauch wird das bisher beschränkte Eigentum an der Sache zu einem unbeschränkten.

Dagegen erlischt das Recht des Gemeingebrauches nicht nach den Bestimmungen des Privatrechts, etwa wie Servituten, durch unterlassene Ausübung.[29]

f) Nach römischem Recht bestanden Interdikte[30] wegen Verletzung des Gebrauchs öffentlicher Sachen, welche im Wege der Popularklage geltend gemacht wurden. Ob und inwieweit diese Interdikte bis zum 1. Januar 1900 noch anwendbar waren, war sehr streitig. Gestützt auf die Tatsache, daß in unserer Zeit der Schutz des Gemeingebrauches öffentlicher Sachen zu den Aufgaben der Polizei gehört, wurde die Ansicht vertreten, daß die Interdikte außer Kraft getreten seien. Die herrschende, auch in Hamburg maßgebende Meinung in Doktrin und Praxis ging jedoch dahin, daß jene Interdikte zum Schutz

27) Vgl. l. 3 Dig. de loc. et itin. publico 43, 7; Savigny, System IV S. 484 ff.; Oertmann S. 389; Seuff.Arch. 19 Nr. 235, 34 Nr. 7; Beibl. 1904 Nr. 60

28) Vgl. Dernburg III S. 31. Der Seuff. Arch. 37 Nr. 7 a. E. aufgestellte Satz, daß durch einen Nichtgebrauch seit unvordenklicher Zeit die Sache die öffentliche Eigenschaft verliert, ist im gemeinen Recht nicht anerkannt worden und besteht heute nicht mehr. In solchen Fällen dürfte aber der Beweis, daß es sich um eine öffentliche Sache handelt, in vielen Fällen kaum zu führen sein.

29) Vgl. l. 2 Dig. 43, 11; Entsch. des R.G. 8 S. 158.

30) Insbesondere die interdicta ne quid in loco publico fiat und ne quid in flumine publico fiat (l. 2 Dig. 43, 8 und Dig. 43, 13), auch das interdictum de via publica.

des Gemeingebrauchs nur insofern ihre Anwendbarkeit verloren hatten, als es sich um die populare Eigenschaft der Klagen handelte, vermöge deren sie zum Schutze des öffentlichen Interesses von jedermann, auch dem nicht in seinem Sonderinteresse Benachteiligten erhoben werden konnten, daß sie dagegen insoweit, als sie zugleich dem Privatinteresse dienten, noch in Geltung waren.[31] Der Anspruch war ein rein privatrechtlicher. Als solcher ist er mit dem Inkrafttreten des B.G.B. fortgefallen, da das neue Recht einen Privatanspruch zugunsten des Gemeingebrauchs nicht kennt, auch absichtlich nicht aufgenommen hat.[32] „Es würde den modernen Anschauungen nicht entsprechen, im privatrechtlichen Wege den Gemeingebrauch zu schützen und damit unter den Schutz der Zivilgerichte zu stellen.“[33] [34]

Nur bez. des Wasserrechts gilt auf Grund Art. 65 E.G. z. B.G.B. eine Ausnahme, welche unten (§ 92 IV) erörtert werden wird.

Dagegen besteht zugunsten desjenigen, welcher durch die Verletzung der Vorschriften über den Gebrauch öffentlicher Sachen in seinem Privatinteresse beeinträchtigt wird, ein Anspruch auf Schadensersatz, der sich nach dem Rechte des B.G.B. bemißt. Wer die gesetzlichen oder polizeilichen Vorschriften über die Benutzung öffentlicher Sachen verletzt, handelt widerrechtlich[35] und ist daher demjenigen, dem er damit vorsätzlich oder fahrlässig einen Schaden zufügt, zum Ersatz desselben verpflichtet.

Aus besonderen Rechten, die auch an öffentlichen Sachen zulässig sind, kann ferner dem Einzelnen ein privatrechtlicher Anspruch erwachsen.

---

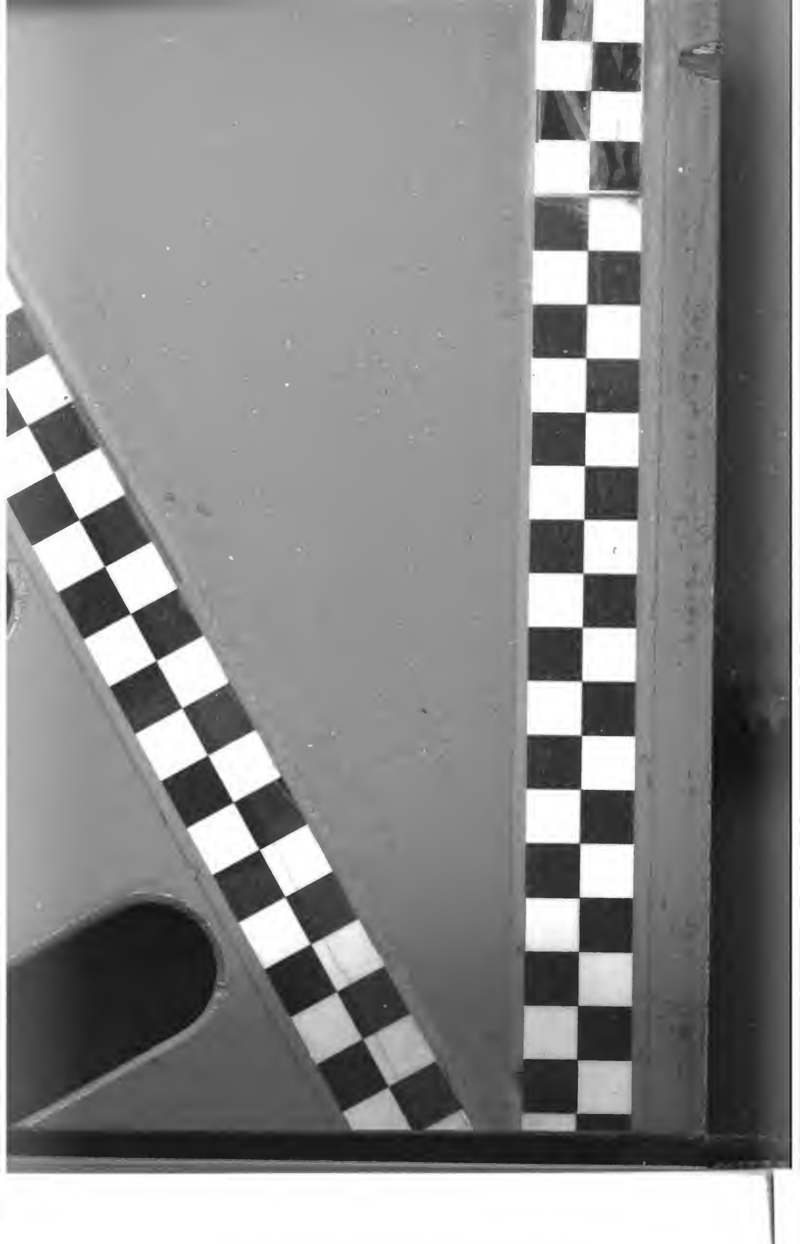
31) Vgl. Mot. z. Entw. des B.G.B. II S. 764 und die dort angegebenen Entscheidungen, sowie Entsch. des R.G. 21 S. 193; Seuff.Arch. 45 Nr. 183; Hauptbl. 1893 Nr. 87.

32) Vgl. Entsch. des R.G. 53 S. 384; Mot. wie in Anm. 31 angegeben, sowie Mot. z. E.G. des B.G.B. S. 197; Windscheid-Kipp (9. Aufl.) I S. 731.

33) Vgl. Mot. z. Entw. I des B.G.B. S. 765.

34) Ein Recht zur privatrechtlichen Verfolgung der sich aus dem Gemeingebrauch ergebenden Rechte haben auch der Staat als solcher und die ihn vertretende Finanzdeputation nicht. Die Finanzdeputation kann insbesondere nur dann solche Ansprüche geltend machen, wenn der Staat selbst in seinem privatrechtlichen Eigentum verletzt wird. Vgl. Beibl. 1893 Nr. 82.

35) Vgl. §§ 366 Ziff. 2—5, 8—10; 366 a S.G.B.



§ 62. Begräbnisstätten und Kirchenstühle.[1]

Nach Art. 133 E.G. z. B.G.B. bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über das „Recht zur Benutzung eines Platzes in einem dem öffentlichen Gottesdienste gewidmeten Gebäude oder auf einer öffentlichen Begräbnisstätte." Neue Vorschriften hierüber sind für Hamburg anläßlich des Inkrafttretens des B.G.B. nicht getroffen worden, doch haben Bestimmungen des früheren Rechts ihre Gültigkeit behalten.

I. Begräbnisstätten.

Für die Kirchhöfe der Stadt Hamburg kommt insbesondere in Betracht das Gesetz vom 27. September 1882 betr. Begräbnisordnung für den Friedhof zu Ohlsdorf nebst Bestimmungen über die alten Begräbnisplätze.[2] Die alten Begräbnisplätze waren den Kirchenverwaltungen für die Anlage von Gräbern unter der Klausel überlassen worden, „solange die Stadt es dulden will".[3] Bei der Einziehung der alten Kirchhöfe ist das Eigentum des Staates wieder unbeschränkt geworden. Der neue Friedhof in Ohlsdorf ist gleich als staatlicher und interkonfessioneller angelegt worden.

Die Friedhöfe stehen im vollen Eigentum des Staates, sind aber mit der besonderen Bestimmung der Totenbestattung belastet. Demnach ist der Erwerb irgendwelcher Rechte an den Friedhöfen, der mit dieser Bestimmung im Widerspruch stände, unzulässig. Mit Recht wird darauf hingewiesen, daß den Friedhöfen als Ruhestätten der Toten nach uralter Volkssitte zugleich der Charakter einer besonderen Weihe und eines besonderen auch strafrechtlich geschützten Friedens zukommt.[4] Wird ein Friedhof aufgegeben, so hört seine Zweckbestimmung regelmäßig erst nach Ablauf einer gewissen Ruhezeit auf.

1) Darüber, daß die res sacrae und religiosae heute nicht mehr als res extra commercium betrachtet werden, s. § 61 II.

2) Vgl. Wulff II S. 422. S. ferner Ges. v. 5. Aug. 1904 (Ges.Samml. 1904 I S. 315) betr. die Beisetzung von Aschenurnen. Für Bergedorf vgl. die Begräbnisordnung v. 10. Juni 1907 (Amtsbl. 1907 S. 421), welche in bezug auf die rechtlichen Grundsätze (namentlich in den §§ 6, 7) mit der obigen Begräbnisordnung fast wörtlich übereinstimmt.

3) Der römisch-katholischen Gemeinde war ihr Friedhof 1813 zur Franzosenzeit ohne diese Klausel überlassen worden. Doch hat es der Staat bei der Schließung des Friedhofs für selbstverständlich erklärt, daß diese Überlassung nur für Friedhofsdauer erfolgt sei (vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1878 S. 795 ff.).

4) Vgl. Dorner-Seng S. 137.

1. Der Friedhof zu Ohlsdorf.

a) Für den Staat besteht eine öffentlichrechtliche Pflicht, jede Leiche eines auf Hamburgischem Gebiet Verstorbenen auf dem Ohlsdorfer Friedhofe aufnehmen zu lassen.[5]

Es können aber auch über die einzelnen Begräbnisplätze private Rechtsgeschäfte zwischen dem Staat und Privaten abgeschlossen werden, aus denen Ansprüche hervorgehen, die im Wege des Zivilprozesses zu verfolgen sind. In gewissen Grenzen besteht für den Staat nach dieser Richtung sogar ein Kontrahierungszwang. Er muß unter den im Gesetz aufgeführten Bedingungen mit jedem auf Hamburgischem Staatsgebiet Wohnenden über den Erwerb von Gräbern auf dem Ohlsdorfer Friedhofe kontrahieren.[6]

b) Die Gräber zerfallen in Einzel-, Familien- und Genossenschaftsgräber, sie werden entweder für eine beschränkte Ruhezeit,[7] welche nach Ablauf gegen Entrichtung einer Gebühr verlängert werden kann, oder auf Friedhofsdauer, d. h. mit der Bestimmung überlassen, daß sie während des Bestehens des Friedhofes nicht geräumt oder aufs neue belegt werden dürfen.

α) Die Familiengräber sind entweder für ein Ehepaar oder für den Erwerber, dessen Ehefrau und Kinder, oder für den Erwerber, dessen Kinder und Kindeskinder bestimmt. Als Kinder gelten hier auch legitimierte und adoptierte, nicht aber Stief- und Schwiegerkinder, als Kindeskinder nur die Enkel, nicht die Abkömmlinge in weiteren Graden.[8]

β) Die Genossenschaftsgräber sind für die Mitglieder von Totenladen, Brüderschaften und anderen Genossenschaften, sowie für die Angehörigen der Mitglieder bestimmt.

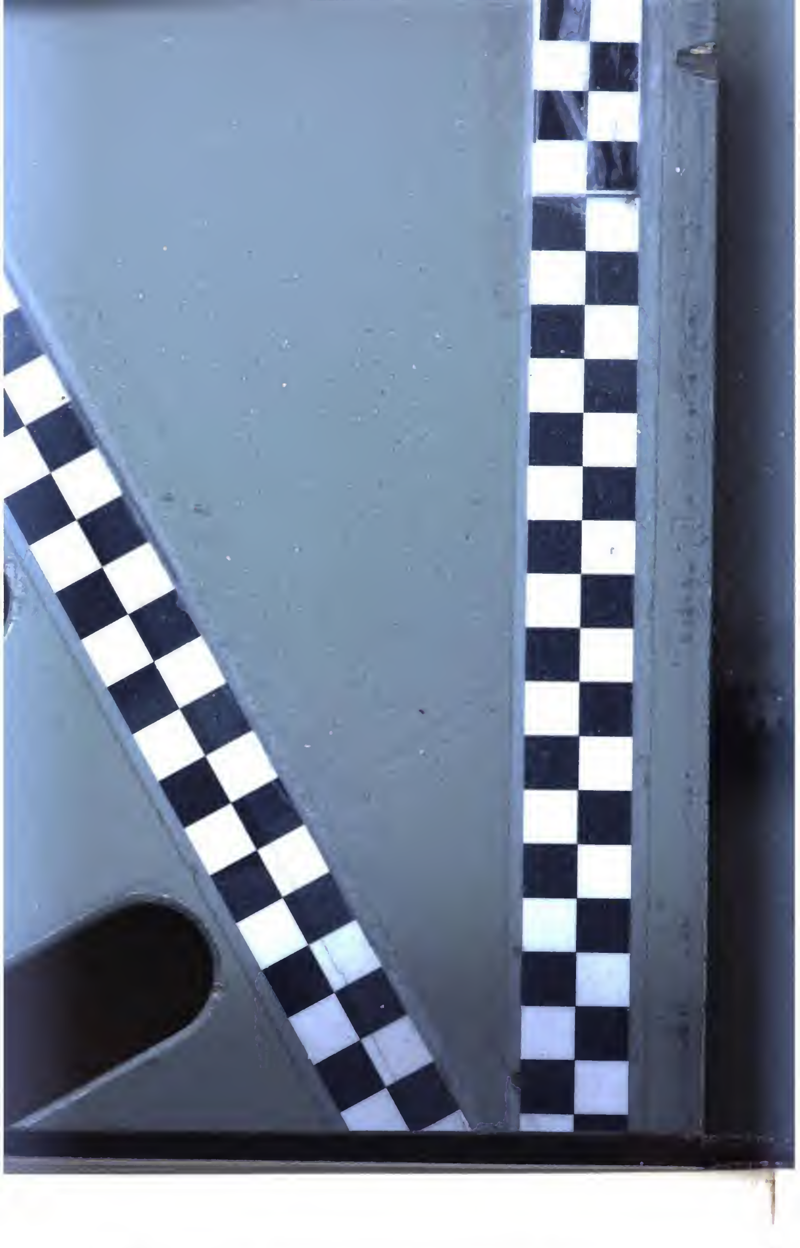
---

5) Vgl. § 1 Abs. 1 der Begräbnisordn. Diejenigen, für welche eigene Gräber nicht erworben werden, werden in sog. gemeinsamen Gräbern beigesetzt, von welchen, da an ihnen irgendwelche privaten Rechtsverhältnisse nicht stattfinden, hier weiter nicht gehandelt werden wird (vgl. § 4 B 1 der Begräbnisordn.).

6) Eine weitergehende Verpflichtung liegt dem Hamburgischen Staat nicht ob. Wenn aber jemand für sich oder seine Familie ein Grab erworben hat, so kann verlangt werden, daß diese Personen in Hamburg bestattet werden, auch wenn sie außerhalb versterben.

7) Diese Zeit dauert bei Einzelgräbern und Familiengräbern 25 Jahre, die sich bei letzteren von der letzten Bestattung ab bemessen, bei Genossenschaftsgräbern 15 Jahre von ebenda ab (§ 4 Begräbnisordn.), sie kann aber verlängert werden.

8) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1878 S. 822.



c) Das Recht, welches durch den Erwerb eines „eigenen Grabes“ entsteht, ist ein durch die Zweckbestimmung des Friedhofs beschränktes privates Gebrauchsrecht.[9]

α) Es hat zum Inhalt die Befugnis, denjenigen, für den das Grab bestimmt ist, in demselben bestatten zu lassen, auch die Aschenreste Feuerbestatteter dort beizusetzen und das Grab selbst einzufriedigen, sowie in üblicher Weise mit Blumen, Pflanzen und Grabdenkmälern zu schmücken, soweit dieselben nicht die Weihe und den Ernst des Friedhofes verletzen.[10]

Mit Genehmigung des Verfügungsberechtigten dürfen gegen Entrichtung einer erhöhten Gebühr auch andere Personen in dem Grabe bestattet werden.[11]

β) Dies Recht ist also weder ein Eigentums-, noch ein dingliches Recht. Doch ist der über den Erwerb des Grabes abgeschlossene Vertrag nach den Regeln über den Kauf zu beurteilen. Grabdenkmäler, Einfriedigungen und Pflanzen, welche auf dem Grabe gesetzt werden, gehen nicht schon mit der Einfügung in die Erde, sondern erst beim Erlöschen des Rechts des Erwerbers oder der weiteren Berechtigten auf den Staat über.[12] Bis dahin verbleiben sie im Eigentum desjenigen, der sie hat setzen lassen, oder für den sie gesetzt worden sind.

γ) Das Recht am eigenen Grabe ist persönlich, es kann weder durch Verkauf, noch durch Schenkung auf einen Dritten übertragen werden und geht beim Ableben des Erwerbers oder desjenigen, für den es bestimmt ist, falls es dann noch nicht erschöpft ist, nach Inhalt des Vertrages über.

Dem Staate gegenüber ist zur Verfügung über das Grab derjenige berechtigt, welcher in den Registern der Friedhofsverwaltung als der Verfügungsberechtigte eingetragen ist. Nach dem Ableben dieses Berechtigten haben diejenigen, für welche das Grab ferner bestimmt ist, einen anderen Verfügungsberechtigten zu ernennen, auf dessen Namen das Grab bei der Friedhofsverwaltung umgeschrieben wird.[13]

---

9) Für das in Hamburg geltende gemeine Recht ist die privatrechtliche Natur dieses Anspruchs nicht zu bezweifeln. Anders Dorner-Seng (S. 140) für das badische Recht, nach welchem der Zivilrechtsweg für die Geltendmachung dieser Ansprüche ausgeschlossen ist.

10) Vgl. § 8 Begräbnisordn. (sowie für die alten Kirchhöfe Ges. v. 28. Dez. 1906 [Ges.Samml. 1906 I S. 134]). Danach ist die Ausschmückung, Einfriedigung usw. im einzelnen vielfach an die Genehmigung der Friedhofsverwaltung geknüpft und mannigfach beschränkt. Vgl. Bek. der Friedshofsdep. v. 29. Mai 1884 und 14. Juni 1894 (Ges.Samml. 1894 II S. 51).

11) Vgl. § 5 Begräbnisordn.

12) Vgl. § 8 I. Abs. Begräbnisordn.; Beibl. 1899 Nr. 21.

13) Vgl. § 6 Begräbnisordn.

Kann vor einer Beerdigung eine Verfügung des Berechtigten nicht beigebracht werden, so kann der zu dem Grabe Berechtigte, falls die Berechtigung nachgewiesen wird, doch in dem Grabe beerdigt werden.

d) Das aus dem Erwerb des Grabes entspringende Recht kann zivilrechtlich geltend gemacht werden. Berechtigt zur Geltendmachung ist der dem Staate gegenüber Verfügungsberechtigte. Ist der Berechtigte verstorben oder abwesend, so wird in dringlichen Fällen auch derjenige zur Geltendmachung des Rechtes befugt sein, welcher die Beerdigungsanordnungen trifft.

Wird in einem „eigenen Grabe" die Leiche eines Unberechtigten bestattet, so kann aus dem Rechte am Grabe Klage erhoben werden. Die Gerichte haben in diesem Falle zu entscheiden, ob eine Vertragsverletzung vorliegt und der Kläger in seinem Nutzungsrechte gestört ist,[14] und dann eventuell einen Schadensersatz zuzusprechen. Dagegen kann die Klage nicht auf Exhumierung der fremden Leiche gerichtet werden, da dies eine öffentlichrechtliche Handlung ist, welche aus sanitätspolizeilichen Gründen und Rücksichten auf Sitte und Pietät der Willkür des Einzelnen entzogen, und nur mit Gestattung der Obrigkeit zulässig ist.[15] In diesem Rahmen ist auch das **interdictum de mortuo inferendo et sepulcro aedificando,**[16] welches auf Unterlassung der Störung in der Beerdigung oder in der Errichtung eines Grabmals gerichtet ist, als fortbestehend anzusehen.

e) Das Recht am Grabe erlischt:

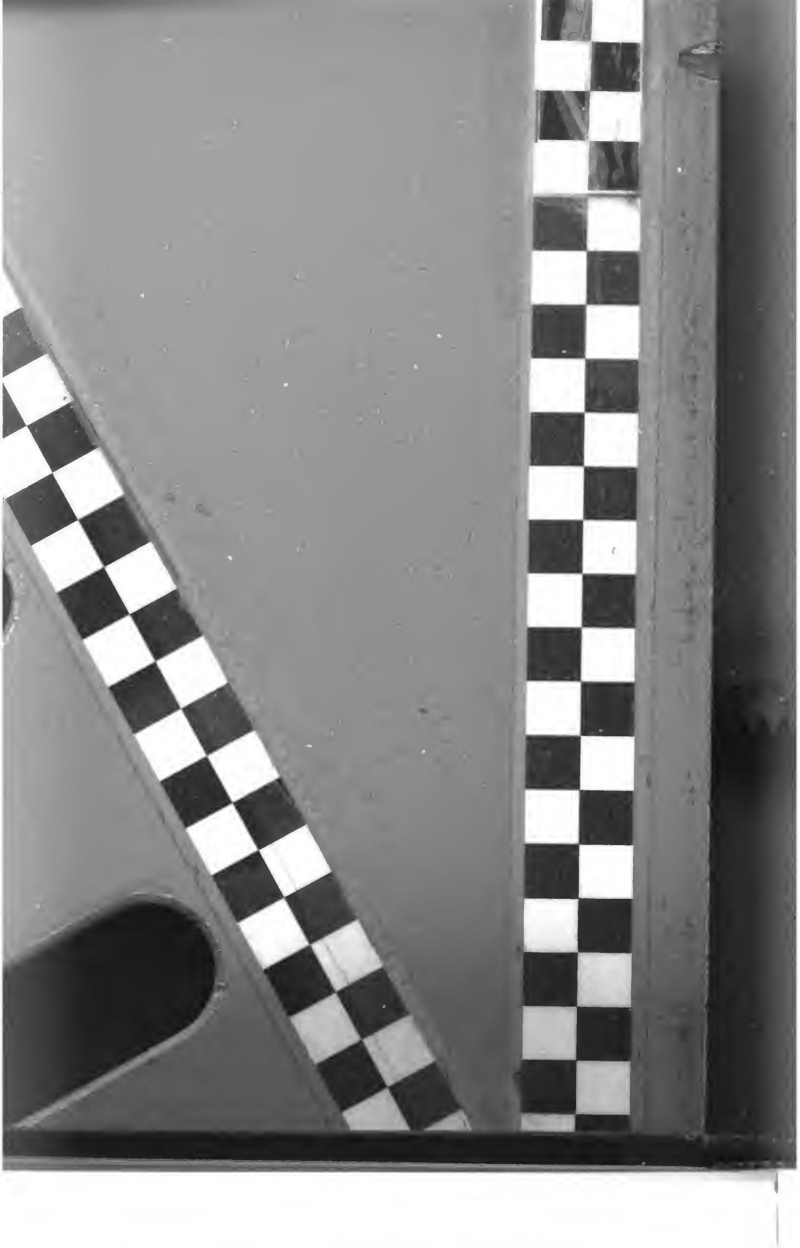
α) beim Aufhören der Verwendung des Friedhofs zum Beerdigen;[17]

β) beim Ablauf der Vertragsdauer;

γ) nach Durchführung eines Aufgebotsverfahrens, falls ein Einzel- oder Familiengrab während 25 Jahren nicht benutzt worden ist und sich ein Berechtigter weder in dieser Zeit, noch auf eine dreimalige Aufforderung im Amtsblatt meldet;[18]

δ) durch Einziehung seitens der Friedhofsverwaltung, wenn Gräber trotz Aufforderung an den Erwerber oder dessen Rechtsnachfolger

14) Vgl. Seuff. Arch. 32 Nr. 7, 39 Nr. 120.
15) Vgl. Beibl. 1886 Nr. 125, 172.
16) Vgl. Windscheid, Pand. II § 468.
17) Vgl. § 5 Abs. 1 Begräbnisordn.
18) Vgl. § 6 Abs. 3 Begräbnisordn.



zur Erhaltung der Gräber derartig vernachlässigt werden, daß sie die Ordnung oder Würde des Friedhofs stören.[19]

2. Die sog. alten Begräbnisplätze in der Stadt und in den Vororten sind mit Ausnahme des St. Jakobi- und des Hammer Begräbnisplatzes auf dem Peterskamp geschlossen und nur noch auf einzelnen Friedhöfen können bis zum 31. März 1909 Beerdigungen in Familiengräbern gestattet werden.[20]

a) Den Inhabern noch nicht voll ausgenutzter eigener Gräber auf den geschlossenen Kirchhöfen ist ein Anspruch auf eine Entschädigung eingeräumt worden, welcher auf die Gewährung einer entsprechenden Zahl von Grabstellen auf dem Ohlsdorfer Friedhofe geht.[21] Das Recht, in dem Grabe des alten Kirchhofs zu beerdigen, erlischt mit der Ausweisung der Grabstellen auf dem neuen Friedhofe.

Dieser Anspruch ist aber von vornherein nur als ein öffentlich-rechtlicher, nicht als ein privatrechtlicher gestaltet worden, da die Materie nicht geeignet sei, den Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen zu bilden.[22] Nach dem Gesetz soll die Verwaltung, d. h. die Friedhofsdeputation, auf Beschwerde der Senat „endgültig" darüber entscheiden,[23] wem und wieviele Grabstellen, sowie an welcher Stelle des neuen Friedhofes dieselben auszuweisen sind. Damit ist der Rechtsweg ausgeschlossen, und zwar auch darüber, ob überhaupt die Voraussetzung der Entschädigungspflicht gegeben ist, denn in der Bestimmung, „wem" Grabstellen auszuweisen seien, liegt auch die Entscheidung darüber, ob überhaupt neue Gräber auszuweisen sind.

b) Ferner ist die Überführung der Leichen von den bisherigen Kirchhöfen auf den Friedhof zu Ohlsdorf in jedem einzelnen Falle für zulässig erklärt worden.[24] Hieraus entspringt ebenfalls kein privatrechtlicher,

19) Vgl. § 4 A Abs. 3 der Begräbnisordn. Ist der Erwerber oder dessen Rechtsnachfolger nicht bekannt, so tritt wie unter γ ein Aufgebotsverfahren ein.

20) Der St. Georg- und der alte St. Pauli-Begräbnisplatz sind seit dem 27. Sept. 1882 für Beerdigungen jeder Art gänzlich geschlossen (§ 14 der Begräbnisordn.). Nachdem sie für sonstige Beerdigungen schon früher geschlossen waren, sind seit dem 31. März 1899 auch für die Beerdigungen in Familiengräbern geschlossen worden: die vier Kirchhöfe vor dem Dammtor und der Kirchhof der Hammer-Gemeinde bei der Kirche in Hamm (§ 9 der Begräbnisordn., Bek. des Senats v. 20. März 1899 [Wulff II S. 427 Anm. 1]).

21) Vgl. § 13 der Begräbnisordn.

22) Vgl. § 13 Abs. 7 der Begräbnisordn.

23) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1879 S. 705.

24) Vgl. § 14 I. Abs. der Begräbnisordn.

sondern nur ein öffentlichrechtlicher Anspruch, dessen Verletzung nicht im Wege des Zivilprozesses verfolgt werden kann; denn die Frage, ob und wann eine Leiche ausgegraben werden kann, gehört dem öffentlichen Rechte an.[25]

c) Für den St. Jakobi- und den Hammer Begräbnisplatz gelten ähnliche Bestimmungen wie für den Ohlsdorfer Friedhof.[26] Doch können eigene Gräber erworben und bestehende Rechte nur noch auf die Dauer der Verwendung des Begräbnisplatzes zum Beerdigen prolongiert werden.

Für den Fall der Schließung dieser Kirchhöfe sollen die früheren Erwerber von Gräbern nach den Grundsätzen unter a entschädigt werden.

3. Besondere Vorschriften sind getroffen für das Grundstück in Ohlsdorf, welches dem Verein für Feuerbestattung abgetreten worden ist.[27]

a) Das Grundstück ist als eine öffentliche Sache anzusehen, es darf nur für den Betrieb der Feuerbestattung und die Beisetzung von Aschenresten verwandt werden.

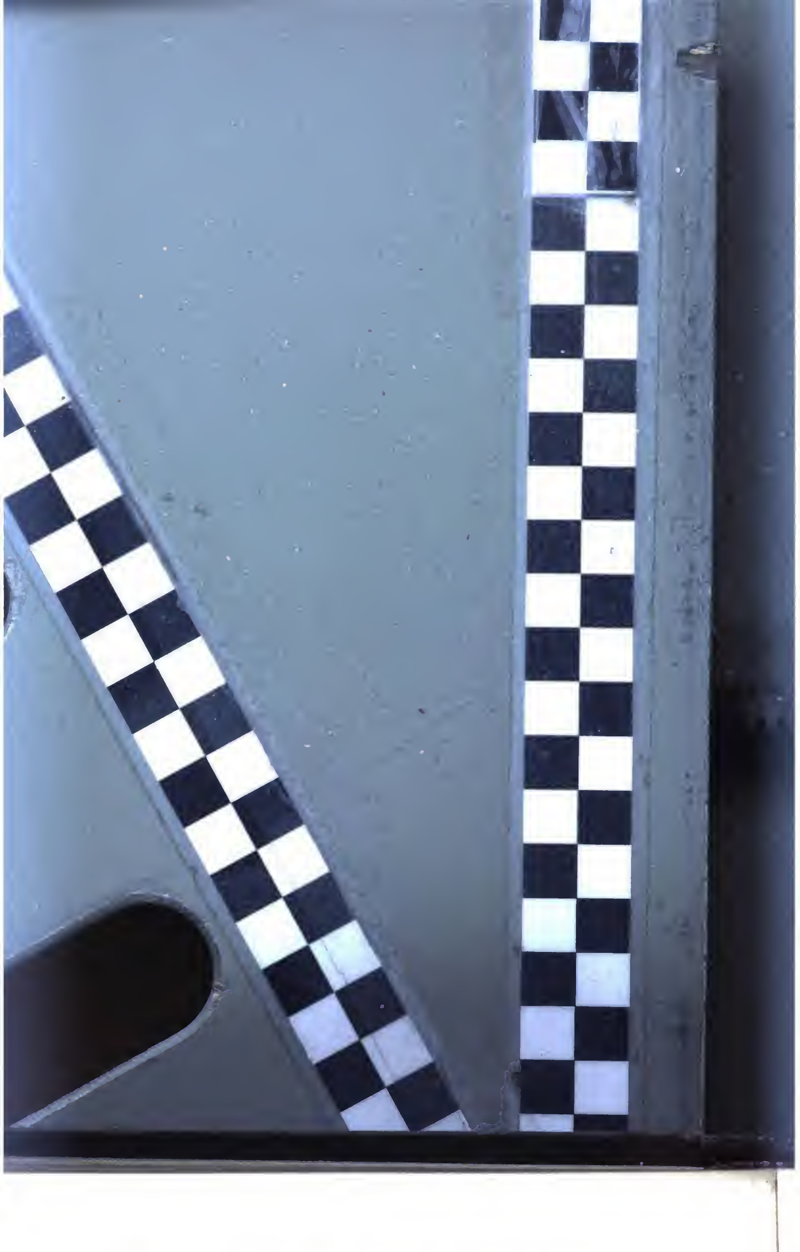
b) Das Grundstück darf nicht veräußert oder belastet werden. Doch darf der Senat eine ganze oder teilweise Veräußerung, durch welche die Zwecke der Anlage nicht beeinträchtigt wird, gestatten.[28]

c) Soweit durch die Satzung des Vereins oder durch einen Beschluß des Vereins oder eines anderen Vereinsorgans bestimmt wird, daß das Grundstück bei Auflösung des Vereins oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit nicht an den Fiskus fallen soll, ist die Genehmigung des Senats hierzu erforderlich.

4. In Ritzebüttel ist es früher vorgekommen, daß das Recht der Benutzung auf einer öffentlichen Begräbnisstätte im Grundbuch eingetragen wurde. Der Charakter des Rechtes ist dort aber lediglich der gemeinrechtliche, wie er oben zu 1 c geschildert und in der neuen Begräbnisordnung für den Ohlsdorfer Friedhof niedergelegt worden ist. Deshalb sind diese Eintragungen in die neuen Grundbücher nicht übertragen worden (§ 15 A.G. z. G.B.O.). Das Benutzungsrecht des Berechtigten ist dadurch nicht beeinträchtigt worden, insbesondere besteht die Vererblichkeit oder die Verbindung desselben mit dem Eigentum an einem bestimmten Grundstücke fort.

---

25) Vgl. Entsch. des R.G. 16 S. 152; Seuff. Arch. 42 Nr. 2.
26) Vgl. §§ 15—17 der Begräbnisordn.
27) Vgl. § 10 Ges. v. 14. Jan. 1903 betr. das Feuerbestattungswesen (Wulff IV S. 319).
28) Die Zulässigkeit dieser Vorschrift beruht auf Art. 111 E.G. z. B.G.B.



II. Kirchenstühle.

In den Hamburgischen Kirchengemeinden kommen noch Rechte auf Kirchenstühle vor.

1. Gesetzliche Vorschriften bestehen über das Recht an einem Kirchenstuhle nicht, es kommen hierfür vielmehr die gemeinrechtlichen Grundsätze zur Anwendung,[29] welche teilweise auf der den Religionsgemeinschaften zustehenden Autonomie beruhen, teilweise sich auf dem allgemeinen Rechtsboden entwickelt haben.

2. Die kirchliche Behörde entscheidet, ob und in welcher Weise feste Rechte auf bestimmte Plätze in der Kirche zugelassen werden sollen. Diese Rechte können gerichtet sein auf Aufstellung eines eigenen Sitzes oder auf Benutzung eines der Kirche gehörenden Sitzes oder auch eines festen Platzes in einer Kirchenbank.[30]

3. Das Recht an einem Kirchenstuhl ist ein rein privatrechtliches. Es ist kein dingliches Recht an dem Kirchengebäude, sondern ein Gebrauchsrecht, ein Recht, von der Kirchengemeinde die dauernde Überlassung bestimmter Kirchensitze zum ausschließlichen Gebrauch bei der Teilnahme am Gottesdienst der Gemeinde zu fordern. Die Kirchengemeinde ist damit belastet, daß sie über die von dem Recht erfaßten Kirchenstühle nicht anders verfügen darf und zugleich verpflichtet ist, dem Berechtigten die Nutzung zu gewähren.[31]

Das Recht kann nur ausgeübt werden innerhalb der durch die Zweckbestimmung kirchlicher Gebäude und die Rücksicht auf Ordnung und gute Sitte gebotenen Schranken. Das Recht unterliegt aber ferner auch den durch die allgemeinen Interessen der Kirchenverwaltung gebotenen Verwaltungsmaßregeln, insbesondere können durch dasselbe erforderliche Umbauten in der Kirche nicht verhindert werden.[32]

---

29) Vgl. Hinschius, Kirchenrecht IV S. 341 ff.

30) Vgl. Dorner-Seng S. 129.

31) Dies ist die Ansicht der gemeinrechtlichen Praxis, insbesondere auch des Reichsgerichts (vgl. Entsch. Bd. 7 S. 137, 24 S. 174). Dorner-Seng (S. 130), der dies zugibt, tritt trotzdem dafür ein, daß dies Recht öffentlichrechtlichen Charakter habe, da es in dem Rechtsverhältnis zur Kirchengemeinschaft wurzele und letzteres seine rechtliche Natur bestimme. Aber ebenso wie sonst, z. B. hinsichtlich der vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten, sich aus öffentlichen Rechtsverhältnissen Privatrechte ergeben können, so muß auch hier diese im Interesse des einzelnen gewährte, einen Vermögenswert habende Gebrauchsbefugnis einen privatrechtlichen Charakter haben. Wenn das Kirchenstuhlsrecht in das Grundbuch nicht eingetragen wird (s. auch unter 5), so beruht dies darauf, daß nicht das Kirchengebäude, sondern die Kirchengemeinde mit dem Rechte belastet ist.

32) Vgl. Seuff. Arch. 32 Nr. 332.

4. Das Recht auf den Kirchenstuhl kann auf verschiedene Weise erworben werden, durch entgeltliches[33] oder unentgeltliches Rechtsgeschäft, durch Erbrecht, durch den Erwerb eines Grundstücks oder eines Amtes, mit welchem das Recht verbunden ist, durch unvordenkliche Verjährung.[34] Inwieweit eine Übertragung durch Rechtsgeschäfte auf Dritte zulässig ist, ist streitig. Regelmäßig ist für eine solche Übertragung die Genehmigung der Kirchenbehörde erforderlich.

5. Im Amtsgerichtsbezirk Ritzebüttel ist das Recht auf Kirchenstühle, auch wenn die betreffenden Kirchen auf nicht Hamburgischem Gebiet lagen,[35] früher vielfach in das Grundbuch eingetragen worden, und zwar auf dem Blatte des Grundstücks, mit welchem es verbunden war. In die neuen Grundbücher sind diese Eintragungen mit Recht nicht aufgenommen worden (§ 15 A.G. z. B.G.B.), weil sie überhaupt kein Recht am Grundstücke enthalten und deshalb in das Grundbuch nicht hineingehören.

6. Das Recht auf den Kirchenstuhl kann possessorisch und petitorisch im ordentlichen Prozeßwege geltend gemacht werden.[36]

7. Das Recht erlischt je nach dem Inhalt des Begründungsaktes. Ist es auf eine bestimmte Anzahl von Jahren gewährt, so erlischt es mit dem Zeitablauf.

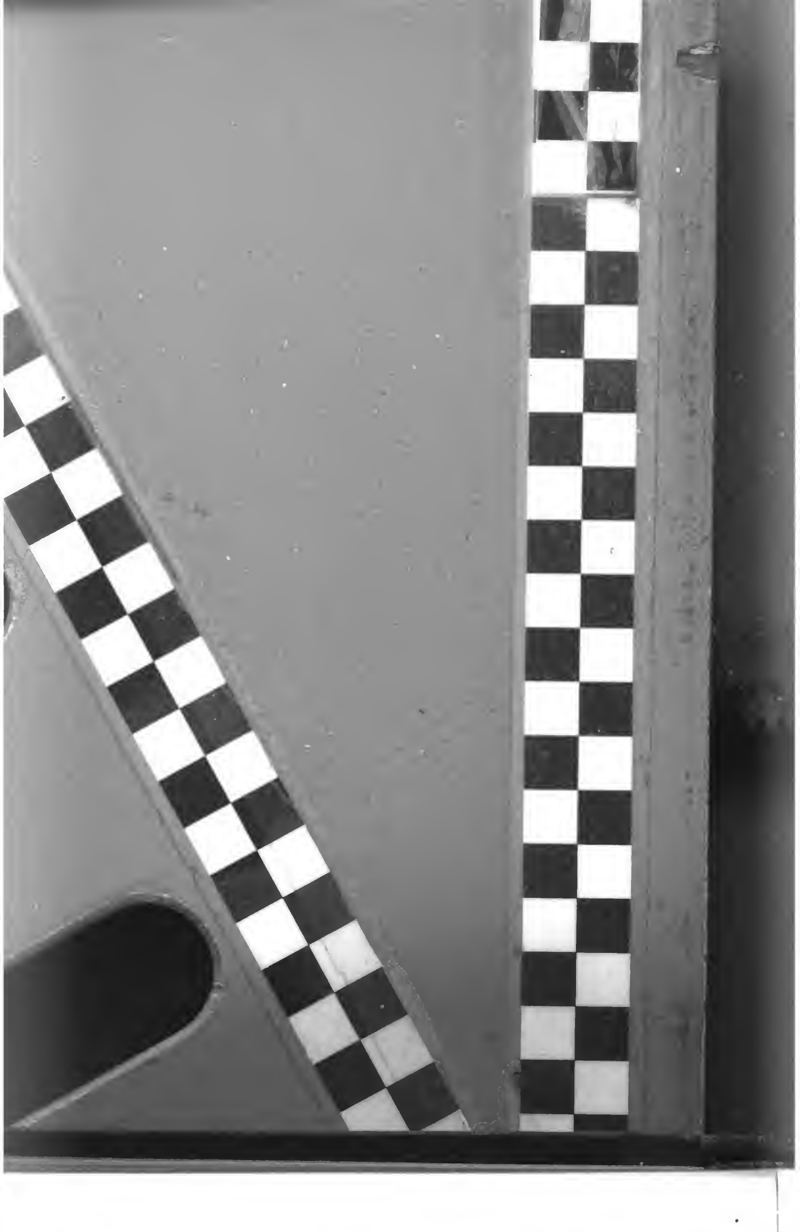
Dagegen erlischt es, falls es nicht zeitlich begrenzt ist und der Zeitraum noch nicht abgelaufen ist, nicht mit dem Umbau und Wiederaufbau der Kirche. Wird die Kirche abgerissen und tritt an ihre Stelle kein Ersatz, so geht das Recht ohne Entschädigung unter. Wird jedoch die Kirche wieder aufgebaut, so muß der Berechtigte sich die hierdurch veranlaßte Unterbrechung seines Nutzungsrechtes gefallen lassen, doch ist er nach Wiederherstellung der Kirche zu dem Verlangen berechtigt, daß ihm eine Entschädigung gewährt wird, falls ihm in der neuen Kirche nicht die gleiche Zahl von Sitzen gleicher Beschaffenheit eingeräumt wird. Die

33) Wird jährlich eine Abgabe für die Benutzung des Kirchenstuhls entrichtet, so ist das Geschäft nach Maßgabe der Miete, wird eine einmalige Vergütung gewährt, so wird es nach Maßgabe des Kaufs beurteilt, auch wenn tatsächlich ein Eigentum nicht übertragen wird.

34) Vgl. Entsch. des R.G. 24 S. 174 ff.

35) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 122.

36) Vgl. Entsch. des R.G. 7 S. 137; Seuff. Arch. 6 Nr. 240. Dies gibt auch Dorner-Seng (S. 132) zu, trotzdem er den privatrechtlichen Charakter des Rechtes leugnet; doch entspreche dies der ständigen Übung auch in Baden.



Anordnung der Kirchenstühle in der neuen Kirche steht der Kirchenverwaltung zu.[37]

Wird durch Anordnung der Behörde aus Gründen des kirchlichen Interesses das Recht auf einen Kirchenstuhl eingezogen, so gebührt dem Berechtigten eine Entschädigung, denn ebenso wie der Staat nach dem maßgebenden gemeinen Recht beim Eingriff in wohlerworbene Rechte eine Entschädigung leisten muß, ist dies auch Pflicht der Kirchengemeinden.[38]

Zweiter Abschnitt.

Das Grundbuchrecht.

§ 63. Das frühere Hamburgische Grundbuchrecht.

I. Auf dem Gebiet des Immobiliarrechts haben von jeher in Hamburg partikulare Normen gegolten, die sich eigentümlich entwickelt haben und von dem römischen Recht in ihren Grundzügen nicht beeinflußt worden sind.

1. Insbesondere hat sich schon aus der ältesten bekannten Zeit der Grundsatz erhalten, daß zur Übertragung von Grundeigentum[1] eine öffentlich vor dem Rate abgegebene Erklärung des Veräußerers, die Auflassung oder Verlassung, erforderlich sei.[2] Diese Erklärungen wurden für die städtischen Grundstücke in das Stadterbebuch eingetragen, welches seit dem Jahre 1248 erhalten ist. Die rechtliche Bedeutung der Auflassung, welche erst nach der Bezahlung des Kaufpreises erfolgte, ist bestritten. Die Auflassung enthält die Übertragung des dinglichen Rechts, sowie der Befugnis, die Sache zu besitzen, auf den Erwerber. Sie kann binnen Jahr und Tag angefochten werden. Nach Ablauf der Frist hat der Erwerber ein unanfechtbares Recht.

Seit dem Beginn des 17. Jahrhunderts wurde die Auflassung von der öffentlichen Eintragung zeitlich getrennt. Für die Vornahme der Auflassung wurden sieben bestimmte Freitage im Jahre fest-

---

37) Vgl. Entsch. des R.G. 24 S. 174 ff.; Seuff. Arch. 53 Nr. 24, 59 Nr. 217.

38) Vgl. Entsch. des R.G. 12 S. 3. A. M. Dorner-Seng (S. 132) mit Rücksicht auf den öffentlichrechtlichen Charakter des Rechts.

1) Wie im sächsischen Recht wurde auch im früheren Hamburgischen Recht das Grundstück im Gegensatz zum beweglichen Gut und dem sonstigen Vermögen als „Erbe" bezeichnet. Daher auch der Name „Stadterbebuch". Vgl. Baumeister I S. 100.

2) Vgl. im einzelnen über das frühere Recht Baumeister I S. 125 ff.

gesetzt,[3] während die Umschreibung an dem darauffolgenden Montage stattfand. In der Zwischenzeit konnte jeder durch Impugnation[4] die Umschreibung hindern. Da mit diesen Impugnationen Mißbrauch getrieben und der Realkredit untergraben wurde, so wurden durch Ver. vom 21. Mai 1802 die Impugnationen verboten und konnte seither die Zuschreibung nur durch ein vom Obergericht auf Grund eines Arrestbefehls erwirktes Inhibitorium verhindert werden.

Mit der Trennung der Auflassung und Umschreibung entstand allmählich auch ein besonderes Verlassungsprotokoll über die erfolgten Auflassungen, während das Stadterbebuch ein chronologisch geführtes Protokoll über die Umschreibung der Grundstücke von dem Namen des bisherigen auf den des neuen Eigentümers und die Einschreibung noch nicht eingetragener Grundstücke enthielt; dasselbe wurde in derselben Form weitergeführt, in welcher es geführt wurde, als Auflassung und Umschreibung zeitlich noch nicht getrennt waren. Es ist vom Stadthypothekenbureau für den Bezirk der Stadt[5] bis zum Inkrafttreten des B.G.B. unverändert fortgeführt worden. Die Bedeutung von Auflassung und Umschreibung für das alte Recht präzisiert Baumeister[6] dahin, daß die Auflassung und Umschreibung eines im Stadterbebuch eingetragenen Grundstücks die Übertragung des Eigentums an diesem bewirkt, andererseits Eigentümer nur derjenige ist, dem das Grundstück im Stadterbebuch zugeschrieben ist.

2. Seit dem Beginn des 15. Jahrhunderts werden auch öffentliche Bücher über die Belastung der Grundstücke mit dem sog. Erbzins, unter den die Renten fielen, geführt. Hieraus entwickelte sich später die Eintragung der Hypothekposten, wie unten[7] dargestellt werden wird. Nach seiner vollen Ausgestaltung enthielt das Rentebuch das Protokoll über die Einschreibung, Umschreibung und Tilgung von

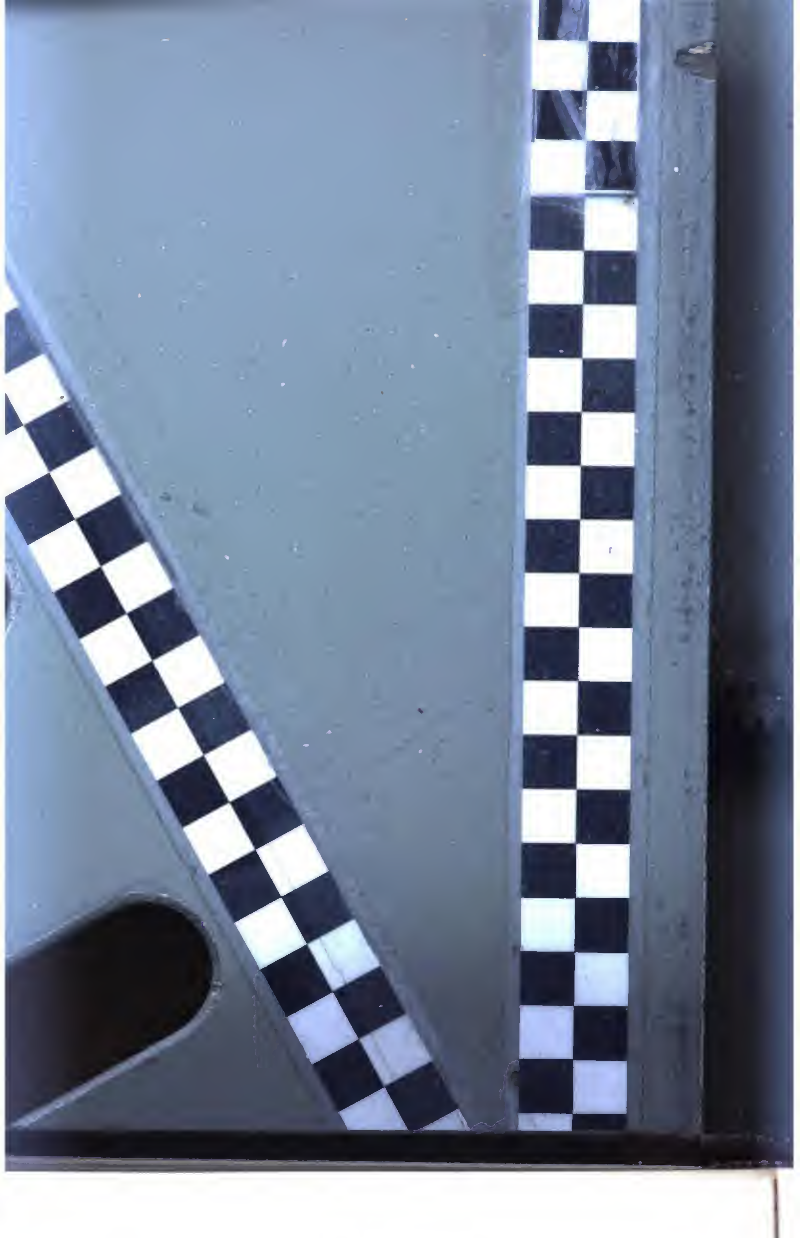
3) Vgl. Art. 13 Stat. I, 1.

4) Die Impugnation war die Anmeldung eines dinglichen Anspruchs, der die Umschreibung hinderte; dieselbe konnte ziemlich willkürlich erhoben werden.

5) Dem Stadthypothekenbureau waren unterstellt: die innere Stadt sowie die Vorstadt St. Pauli, einschl. der früher zu deren Kirchspiel gehörigen Teile, welche in den Büchern mit „St. Michaelis vor dem Dammtor" bezeichnet werden. Die Buchführung in der Stadt teilte sich nach den fünf Kirchspielen St. Petri, St. Nicolai, St. Catharinae, St. Jacobi und St. Michaelis, welche wieder in Hauptstraßen und angrenzende Nebenstraßen eingeteilt waren.

6) Vgl. I S. 136.

7) Vgl. §§ 102, 104.



Renten, Grundmieten, Kapitalposten oder Leibrenten mit Bezug auf eins der im Erbebuch verzeichneten Grundstücke.[8]

3. Im Jahre 1659 ist das sog. Hauptbuch angelegt und seitdem fortgeführt worden, welches ein tabellarisches Register über die in dem Erbe- und Rentenbuch, welche zu diesem Zweck zusammengefaßt werden, verzeichneten Protokollierungen enthält. Sein Inhalt ist kein selbständiger, sondern dient nur zur Erleichterung der Übersicht.[9]

4. Während zur Übertragung von Grundeigentum und zur Entstehung und Übertragung von Hypotheken die Eintragung in die öffentlichen Bücher erforderlich war, konnten andere dingliche Rechte, insbesondere Servituten, regelmäßig auch ohne Eintragung entstehen und übertragen werden.[10]

5. Außerhalb des Bezirks des Stadthypothekenbureaus, d. h. in den Bezirken des Landhypothekenbureaus,[11] sowie der Hypothekenbureaus in Bergedorf und Ritzebüttel haben sich ähnliche Einrichtungen wie in der Stadt Hamburg ausgebildet. Doch werden die Bücher dort, wie unter II aufgeführt werden wird, etwas anders geführt und genannt.

II. Bis zum Inkrafttreten des B.G.B. bildete die gesetzliche Grundlage für das Immobiliarrecht das Gesetz über Grundeigentum und Hypotheken für Stadt und Gebiet vom 4. Dezember 1868.[12]

1. Das Grundbuchwesen wurde von dem Hypothekenamt und unter diesem von dem Stadthypothekenbureau, dem Landhypothekenbureau sowie den Hypothekenbureaus in Bergedorf und Ritzebüttel verwaltet; die Funktionen der letzteren beiden waren den dortigen Amtsgerichten übertragen.

Die Bücher waren in den verschiedenen Bureaus verschieden angelegt:

---

8) Vgl. Baumeister I S. 200.
9) Vgl. Baumeister I S. 200, 201. Das Hauptbuch wurde von dem Stadtbuchschreiber Gerhard Kelpe angelegt.
10) Vgl. § 97 I 1.
11) D. h. St. Georg, das Gebiet des Klosters St. Johannis, die Vororte und das Landgebiet.
12) Vgl. Wulff 1. Aufl. II S. 312 ff. Dasselbe ist kommentiert worden von Dr. Mittelstein. Vgl. dazu den von Baumeister verfaßten Bericht des Ausschusses der Bürgerschaft (1866) über den Entwurf eines Hypothekengesetzes. Das Gesetz galt anfänglich nicht für das Amt Bergedorf, doch ist es dort durch Ver. v. 20. Aug. 1873 ebenfalls eingeführt worden.

a) In den Erbe- und Rentebüchern des Stadthypotheken-bureaus (s. unter I) waren die einzelnen Eintragungen nicht nach Grundstücken geordnet, sondern in chronologischer Reihenfolge bewirkt. Die Hauptbücher waren als Realrepertorien anzusehen; in sie wurden die Eintragungen aus den Erbe- und Rentebüchern nach Grundstücken geordnet übertragen.

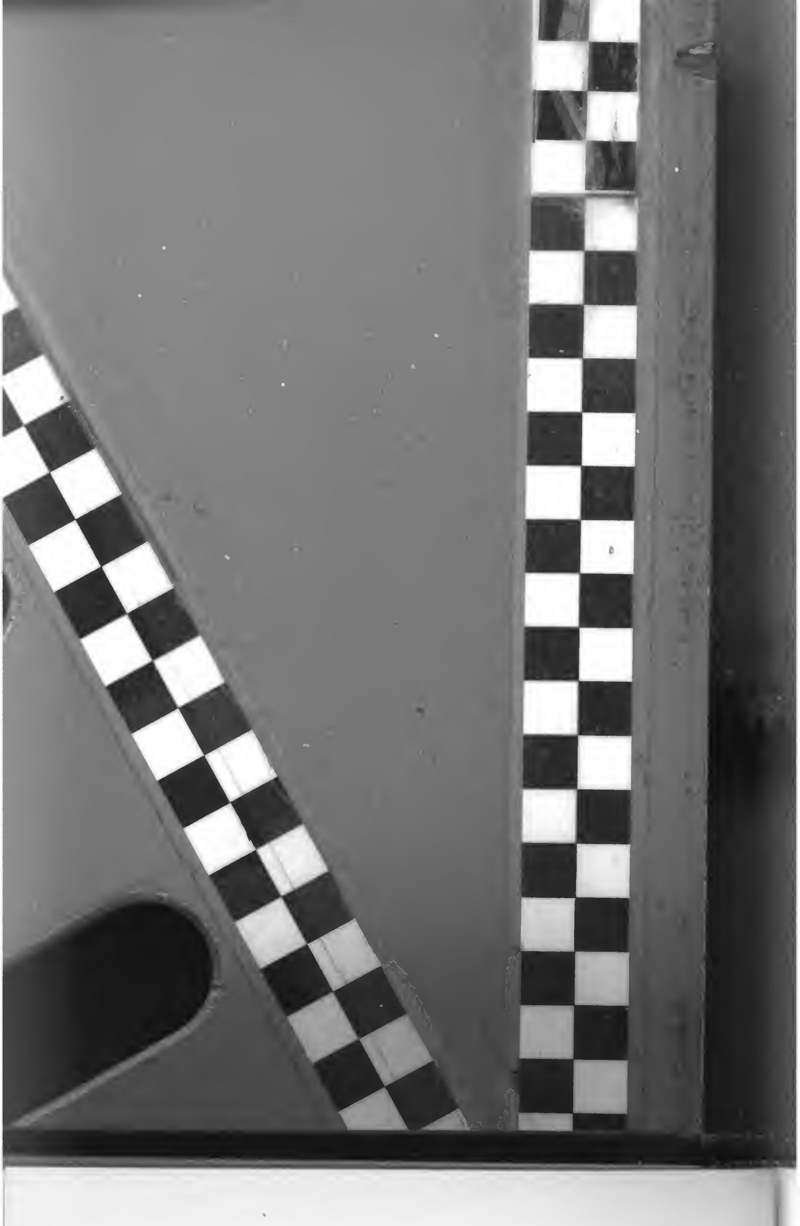
b) Im Landhypothekenbureau wurden Eigentums- und Hypothekenbücher, in Bergedorf Stadt-, Land- und Grundbücher, in Ritzebüttel Hypothekenbücher geführt. Dieselben waren sämtlich nach Realfolien angelegt.[13]

2. Nach dem früheren Recht genossen die Grundbücher — nicht das Hauptbuch des Stadthypothekenbureaus — den öffentlichen Glauben in vollem Umfange, und zwar ohne Rücksicht auf ihre verschiedenartige Anlage. Das Eintragungsprinzip hatte die Bedeutung, daß die Eintragung für das Eigentum und die Rechte, deren Eintragung vorgeschrieben war, nicht ein bloß formales Erfordernis der Erwerbung des Rechtes war, sondern unabhängig von ihrer gesetzlichen Voraussetzung die Rechtsänderung bewirkte. Die Eintragung hatte die Wirkung formaler Rechtskraft.[14] Eigentum und Hypotheken an eingetragenen Grundstücken konnten nur durch Zuschreibung im Grundbuch erworben werden, das durch die Zuschreibung begründete Recht bestand kraft der Eintragung und ging mit der Löschung unter. Auch die materiell unbegründete Eintragung erzeugte das Recht; soweit durch die Eintragung ein Recht verletzt wurde, entstand lediglich ein obligatorischer Anspruch auf Beseitigung der Eintragung. In dieser Beziehung unterscheidet sich das neue Reichsrecht grundsätzlich vom früheren Hamburgischen Recht. Das neue Recht folgt nicht dem System der formalen Rechtskraft des Grundbuches, sondern demjenigen des Verkehrsschutzes, d. h. die Eintragung gewährt dem Eingetragenen selbst nur so weit Rechte, als die Voraussetzungen rechtsgültigen Rechtserwerbes im übrigen vorhanden sind; die Bedeutung der Eintragung besteht wesentlich darin, daß Dritte, welche redlicherweise im Glauben an die Richtigkeit des

---

13) In den Büchern des Landhypothekenbureaus wurde der Inhalt der einem Grundstücke oder einem Posten angelegten Klauseln regelmäßig nicht ausgeschrieben, sondern durch Bezugnahme auf Konsensprotokolle, Annotationen oder auf die der Zuschreibung zugrunde liegenden Kämmereikontrakte angedeutet. Vgl. Beibl. 1886 Nr. 168.

14) Vgl. §§ 2, 6 Ges. v. 4. Dez. 1868; Niemeyer S. 52, 89 ff. Mot. z. Entw. I des B.G.B. III S. 137; Beibl. 1907 Nr. 120.



Buches vom Eingetragenen erwerben, geschützt sind, auch wenn die Eintragung eine unrichtige war.[15]

An nicht eingetragenen Grundstücken ging das Eigentum früher nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts über. Dienstbarkeiten und gewisse andere dingliche Rechte bedurften zu ihrer Entstehung und Übertragung regelmäßig nicht der Eintragung im Grundbuche. S. § 97 I 1.

§ 64. Das Grundbuchamt.

I. Die zur Ausführung des B.G.B. und der G.B.O. erforderlich gewordenen Vorschriften des Hamburgischen Grundbuchrechts finden sich in dem A. G. z. B. G. B. §§ 28—66,[1] in dem A. G. z. G. B. O. vom 14. Juli 1899,[2] in der Bekanntmachung des Senats vom 27. September 1899[3] betr. den Geltungsbeginn des neuen Liegenschaftsrechts und vom 11. Dezember 1899[4] betr. das Grundbuchwesen, sowie in der Geschäftsanweisung für die Grundbuchämter vom November 1899.[5]

II. Grundbuchämter sind die Amtsgerichte[6] (§ 1 A.G. z. G.B.O.).

1. Das Grundbuchamt bei dem Amtsgericht in Hamburg bildet eine besondere Abteilung des Amtsgerichts, welche von den übrigen Abteilungen des Gerichts getrennt ist und deren Geschäftsplan sowie Geschäftsverteilung durch den Senat aufgestellt wird, während sonst die Verteilung der Geschäfte unter die Amtsrichter durch deren Gesamtheit erfolgt. An letzterer Geschäftsverteilung nehmen die Grundbuchrichter nicht teil (§§ 6, 8—10 A.G. z. G.B.O.).

2. Grundbuchbeamter ist der Amtsrichter.

a) Beim Amtsgericht Hamburg ist derjenige Amtsrichter Grundbuchbeamter, welcher vom Senat für die Dauer des Geschäftsjahres dazu bestellt ist (§ 7 A.G. z. G.B.O.). Eine grundbuchamtliche Amtshandlung

15) Vgl. Dernburg III § 46.

1) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 74; Wulff III S. 14.
2) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 106; Wulff III S. 257.
3) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 169; Wulff III S. 277.
4) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 193; Wulff III S. 277.
5) Vgl. Ges.Samml. 1899 II S. 105; Wulff III S. 280. Die Geschäftsanw. gibt ihre Vorschriften in erster Linie für das Grundbuchamt Hamburg, doch sind die wesentlichen Vorschriften (s. Nr. 46, 47) auch auf Bergedorf und Ritzebüttel ausgedehnt worden.
6) Das sind die Amtsgerichte Hamburg, Bergedorf, Ritzebüttel.

ist aber nicht deshalb ungültig, weil sie von einem nicht dazu bestellten Amtsrichter vorgenommen worden ist.[7]

b) Zur Vertretung verhinderter Richter oder zur Aushilfe können von der Justizverwaltung auch Assessoren, nicht aber Referendare, mit der Erledigung grundbuchamtlicher Geschäfte betraut werden[8] (§ 5 A.G. z. G.B.O.).

c) Kraft Gesetzes ist ein Richter von der Mitwirkung bei einer Eintragung ausgeschlossen, wenn er selbst, seine Ehefrau oder eine Person, mit der er in gerader Linie oder im zweiten Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist, beteiligt ist, wenn er als Vertreter eines Beteiligten bestellt oder als gesetzlicher Vertreter eines solchen aufzutreten berechtigt ist, oder wenn er zu einem Beteiligten in dem Verhältnis eines Mitberechtigten oder Mitverpflichteten steht. Auch kann sich der Richter der Mitwirkung bei einer Eintragung wegen Befangenheit enthalten, doch kann er nicht abgelehnt werden (§ 20 A.G. z. G.B.O.).[9]

III. Jedes Grundbuchamt ist zuständig für die in seinem Bezirk belegenen Grundstücke.

1. Hiervon bestehen in Hamburg keine Ausnahmen. Es ist weder gestattet, daß für gewisse Gattungen von Grundstücken besondere, nicht für Bezirke eingerichtete Grundbücher geführt werden (§ 85 G.B.O.), noch auch, daß für mehrere Grundstücke desselben Eigentümers ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt geführt wird, wenn die Grundstücke in verschiedenen Gerichtsbezirken belegen sind (§§ 4, 86 G.B.O.).

2. Das Landgericht bestimmt, und zwar unanfechtbar, das zuständige Grundbuchamt, wenn (§ 3 A.G. z. G.B.O.)

a) es streitig oder ungewiß ist, welches Grundbuchamt örtlich zuständig ist,

b) das an sich zuständige Grundbuchamt an der Ausübung seiner Tätigkeit rechtlich oder tatsächlich verhindert ist.

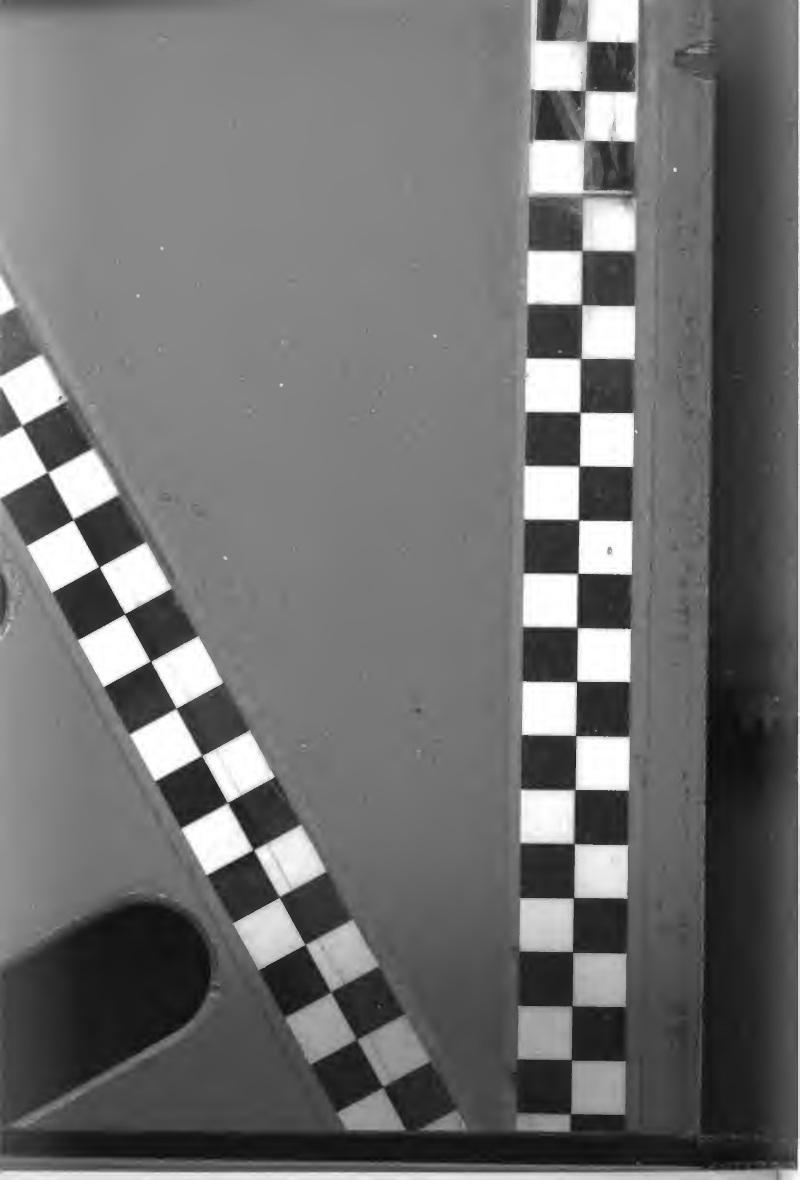
3. Eine Eintragung in das Grundbuch ist nicht deshalb un-

---

7) So Wulff III S. 260 Anm. 4; a. M. Melchior, Hamb. Ausführungsges. S. 55.

8) Dies ist eine Ausnahme von dem Hamburgischen Grundsatz, daß Assessoren als Hilfsrichter nicht verwendet werden dürfen.

9) Diese Bestimmungen finden auf den Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung (§ 20 Abs. 3 A.G. z. G.B.O.).



wirksam, weil das Grundbuch von einem örtlich unzuständigen Grundbuchamt geführt ist (§ 4 A.G. z. G.B.O.).[10]

IV. Verfahren in Grundbuchsachen.

Die Anwendbarkeit der Vorschriften des F.G.G. ist für die Grundbuchsachen durch § 1 Abs. 2 Hamb. F.G.G. ausdrücklich ausgeschlossen worden, was zulässig ist, da die Geschäfte des Grundbuchamts den Amtsgerichten nicht kraft Reichsgesetzes, sondern kraft Landesgesetzes übertragen worden sind. Nur für das Verfahren in zweiter und dritter Instanz gelten nach Reichsrecht (§§ 1 F.G.G., 72, 79 G.B.O.) die Vorschriften des F.G.G. Dagegen kommen für das Verfahren in erster Instanz außer den Vorschriften der G.B.O. die §§ 21—33 A.G. z. G.B.O., sowie die §§ 2—6, 10 Hamb. F.G.G. zur Anwendung, welche das Reichsrecht ergänzen.

1. Grundbuchsachen sind diejenigen Sachen, in welchen das Grundbuchamt auf Grund der G.B.O. oder des A.G. z. G.B.O. tätig wird, nicht aber diejenigen Sachen, welche dem Grundbuchamt sonst noch überwiesen sind, z. B. die Erteilung von Unschädlichkeitszeugnissen sowie die Beurkundung und Beglaubigung von Schuldurkunden usw. auf Grund von § 10 Hamb. F.G.G.[11]

2. Nach § 29 G.B.O. sind Eintragungsbewilligungen und die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen,[12] z. B. Zustimmungserklärungen und Abtretungserklärungen, vor dem Grundbuchamt zu Protokoll zu geben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen. Dem Landesrecht ist die Bestimmung darüber überlassen, in welcher Weise die Protokollierung dieser Erklärungen erfolgen und welche Behörde für die Beglaubigung der Urkunden zuständig sein soll.

a) Mündlich beim Grundbuchamt angebrachte Erklärungen solcher Art sind von dem Richter zu Protokoll zu nehmen (§ 25 A.G.

10) Dies trifft aber nicht zu für andere Amtshandlungen des Grundbuchamts, z. B. die Entgegennahme von Auflassungen. Die Gültigkeit der Eintragung wird jedoch dadurch nicht berührt, daß die Auflassung vor einem unzuständigen Grundbuchamt vorgenommen worden ist (Wulff III S. 259 Anm. 7).

11) Da § 10 F.G.G. im wesentlichen nur eine Erweiterung von § 27 A.G. z. G.B.O. enthält, so wird man auch die auf Grund der letzteren Vorschrift vorgenommenen Handlungen nicht zu den Grundbuchsachen im eigentlichen Sinne zu zählen haben.

12) Es handelt sich hierbei bloß um Erklärungen, welche sich auf die materiellen Voraussetzungen der Eintragungen beziehen, nicht etwa auf prozessuale Erklärungen, z. B. den Antrag auf Eintragung.

z. G.B.O.). Die Beurkundung selbst erfolgt nach den §§ 168 Abs. 2, 169—180 F.G.G. und §§ 17 ff. Hamb. F.G.G. S. auch § 32.

b) Schriftlich beim Grundbuchamt eingereichte Erklärungen solcher Art müssen in öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden enthalten sein. In Hamburg sind für die öffentliche Beurkundung und Beglaubigung an sich die Amtsgerichte nicht zuständig (§ 15 Hamb. F.G.G.).[13]

Für den Grundbuchverkehr bestehen indessen verschiedene Ausnahmen, deren erste hier zutrifft.[14]

α) Wenn die Erklärungen gemäß § 29 Satz 1 G.B.O. beim Grundbuchamt schriftlich eingereicht werden, hat der Richter auf Antrag die Unterschrift oder das Handzeichen des Erklärenden zu beglaubigen[15] (§ 27 A.G. z. G.B.O.).

β) Die Grundbuchämter sind ferner befugt, zu beurkunden und zu beglaubigen, falls sich die zu beurkundende oder zu beglaubigende Erklärung auf eine Eintragung im Grundbuche des betr. Grundbuchamts bezieht[16] (§ 10 Hamb. F.G.G.):

aa) Schuldurkunden, in denen zugleich die Eintragung einer Hypothek für die verbriefte Forderung bewilligt wird;

bb) Erklärungen, durch welche eine hypothekarisch gesicherte Forderung, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld abgetreten oder belastet oder die kraft Gesetzes erfolgte Übertragung eines dieser Rechte anerkannt wird;

cc) Quittungen über zur Befriedigung eines Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldgläubigers geleistete Zahlungen.

γ) Die Grundbuchämter sind auch befugt, Vollmachten zu beurkunden und zu beglaubigen, die nur zum Gebrauch vor ihnen bestimmt sind (§§ 14 Hamb. F.G.G., 31 Abs. 7 Hamb. G.K.G.).

3. Eintragungsanträge, welche der in § 29 G.B.O. vorgeschriebenen Form nicht bedürfen, welche also nicht zugleich eine

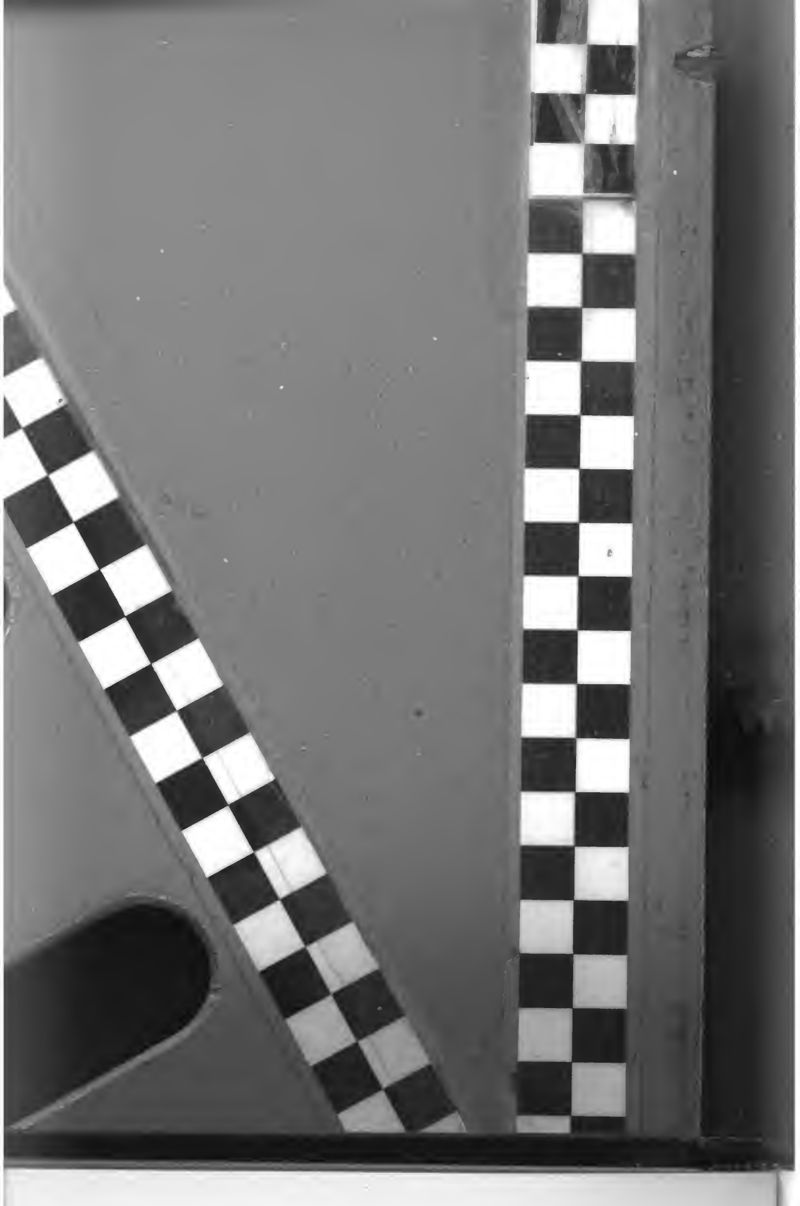
---

13) S. §§ 30 II, 31 II.

14) Bez. der Kosten vgl. § 31 Hamb. G.K.G.

15) Damit wird dann tatsächlich der ganze Inhalt der Urkunde beglaubigt, denn hinsichtlich der Beglaubigung lassen sich die einzelnen Teile der Urkunde nicht voneinander trennen. Der Richter darf die Beglaubigung deshalb nicht ablehnen, weil in der Urkunde mehrere Rechtsgeschäfte vereinigt sind, die an sich mit der Grundbucheintragung vielleicht nicht unmittelbar im Zusammenhange stehen, es sei denn, daß die Absicht besteht, § 15 Hamb. F.G.G. umgehen zu wollen. Vgl. Wulff III S. 272 Anm. 2. S. auch Anm. 11.

16) Vgl. Melchior, Ausführungsges. S. 91 III.



materiell bedeutsame Erklärung enthalten,[17] und Vollmachten zur Stellung solcher Anträge können zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden[18] (§ 26 A.G. z. G.B.O.).

4. Nach dem § 51 des Gesetzes vom 4. Dezember 1868 konnten Vollmachten seitens der Eigentümer von Grundstücken oder der Posteninhaber zu Protokoll des Hypothekenbureaus erklärt oder mit gehöriger Beglaubigung schriftlich eingereicht werden. Diese Generalvollmachten haben unter neuem Recht ihre Gültigkeit behalten (§ 39 A.G. z. G.B.O.).

5. Nach § 13 G.B.O. ist der Zeitpunkt, in welchem ein Antrag bei dem Grundbuchamt eingeht,[19] auf dem Antrage genau zu vermerken. Welche Stelle für die Entgegennahme der Anträge zuständig ist, regelt das Landesrecht. Nach § 29 A.G. z. G.B.O. ist diese Stelle der für die in Frage stehende konkrete Eintragung zuständige Richter oder der diesem Richter zugeteilte Gerichtsschreiber.

6. Das Grundbuchamt wird, soweit nicht Ausnahmen zugelassen sind, vom Richter als Grundbuchbeamten vertreten.

a) Er hat die Verfügungen auf die gestellten Anträge zu erlassen und bei Eintragungen in das Grundbuch die Fassung wörtlich vorzuschreiben. Der Gerichtsschreiber kann die Eintragungsverfügung entwerfen, doch darf die Eintragung erst vorgenommen werden, wenn der Richter sie unterzeichnet hat.[20] Auszuführen sind die Verfügungen, insbesondere die Eintragungen, vom Gerichtsschreiber. Derselbe hat die Eintragungsverfügung zunächst in ein Tagebuch, dann in das Grundbuch einzutragen und die Eintragung in der Tabelle zu vermerken. Die Eintragungen sollen vom Richter und Gerichtsschreiber unterschrieben werden, nachdem der Richter sie mit der Eintragungsverfügung verglichen hat.[21]

17) Vgl. § 30 G.B.O.

18) Es genügt, wenn das Protokoll vom Gerichtsschreiber aufgenommen und unterschrieben ist, die Unterschrift des Antragstellers, sowie eine Verlesung und Genehmigung ist nicht erforderlich (Melchior, Hamb. Ausführungsges. S. 87 f.).

19) Nach einer Verfügung der Justizverwaltung wird vom Grundbuchamt Hamburg für jede Grundakte ein gesonderter Antrag gefordert. Vgl. Beibl. 1907 Nr. 79, insbes. auch über den Begriff der Geschäftsanweisung im Sinne von Nr. 9 der Bek. v. 11. Dez. 1899.

20) Vgl. § 30 A.G. z. G.B.O., Nr. 30 Geschäftsanw. f. d. Grundbuchämter.

21) Vgl. § 30 A.G. z. G.B.O., Nr. 31 Geschäftsanw. f. d. Grundbuchämter.

b) Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe, sowie die nachträglich auf den Briefen vermerkten Eintragungen sind vom Richter und Gerichtsschreiber zu unterschreiben.[22] Dies gilt auch von der Unbrauchbarmachung eines Briefes, welche dadurch erfolgt, daß auf dem Briefe die Ungültigkeit vermerkt und die das eingetragene Recht betreffenden Vermerke sowie die Unterschriften durchstrichen werden.[23]

7. Die G.B.O. bestimmt nicht, wann eine grundbuchamtliche Verfügung wirksam wird, überläßt dies vielmehr der Landesgesetzgebung. Für Hamburg ist für die Wirksamkeit der Zeitpunkt entscheidend, an welchem die Verfügung demjenigen bekannt gemacht wird, für den sie ihrem Inhalte nach bestimmt ist (§ 23 A.G. z. G.B.O.).

a) Die Bekanntmachung kann regelmäßig in jeder Form, einem Anwesenden gegenüber auch durch mündlich protokollierte Verkündung erfolgen.[24]

b) Eine Zustellung nach Maßgabe der Z.P.O.[25] muß erfolgen, wenn

α) mit ihr der Lauf einer Frist beginnt,

β) durch die Verfügung ein Eintragungsantrag zurückgewiesen wird.

Eine Zustellung im Auslande kann im Falle β auch durch eine eingeschriebene Postsendung erfolgen.[26]

8. Für die Berechnung der Fristen gelten[27] in Grundbuchsachen die Vorschriften des B.G.B. (§ 24 A.G. z. G.B.O.).

9. Im Verfahren vor dem Grundbuchamte finden ferner die Vorschriften des G.V.G. über die Sitzungspolizei Anwendung,[28] auch können wegen einer in Schriftsätzen enthaltenen Ungebühr Ordnungsstrafen verhängt werden (§ 2 Hamb. F.G.G.). Das Grundbuchamt kann auch zur Erzwingung oder Unterlassung von Handlungen

---

22) Vgl. § 32 A.G. z. G.B.O. Weitere Vorschriften über diese Briefe enthält Nr. 35 Geschäftsanw. f. d. Grundbuchämter.

23) Vgl. § 33 A.G. z. G.B.O. Ein unbrauchbar gemachter Brief ist bei dem Grundbuchamt aufzubewahren und zu den Grundakten, im Falle der Zwangsversteigerung aber zu den Akten des Vollstreckungsgerichts zu nehmen. Vgl. Nr. 35 Geschäftsanw. f. d. Grundbuchämter.

24) Erfolgt die Bekanntmachung nicht durch Zustellung, so ist in den Akten ein bez. Vermerk zu machen.

25) Vgl. §§ 208—213, 166, 207.

26) Vgl. § 23 Abs. 2 A.G. z. G.B.O., Nr. 7 Bek. des Senats v. 11. Dez. 1899 (Wulff III S. 279).

27) Vgl. §§ 186—193 B.G.B.

28) Vgl. §§ 178—185 G.V.G.



Ordnungsstrafen verhängen und in gewissen Fällen unmittelbaren Zwang anordnen (§§ 3, 4 Hamb. F.G.G.).

10. Auf das Verfahren in Grundbuchsachen sind die Gerichtsferien ohne Einfluß (§ 21 A.G. z. G.B.O.).

11. Die Beschwerde kann nach § 73 G.B.O. durch Erklärung zum Protokoll des Grundbuchamtes eingelegt werden. Wer dies Protokoll aufzunehmen hat, bestimmt die Landesgesetzgebung. In Hamburg ist die Beschwerde vom Gerichtsschreiber zu Protokoll zu nehmen (§ 28 A.G. z. G.B.O.).

§ 65. Die Gegenstände des Grundbuchs.

I. In erster Linie sollen in das Grundbuch die Grundstücke aufgenommen werden, und zwar grundsätzlich sämtliche Grundstücke. Der Begriff des Grundstücks ist für das Reichs- und Landesrecht derselbe. Grundstück ist ein Teil des Erdkörpers, der für sich als selbständig, als besonderes Rechtsobjekt anerkannt und von einer in sich zurücklaufenden Grenzlinie umschlossen wird.[1] Im früheren Recht wurde wie im sächsischen Recht das Grundstück im Gegensatz zum beweglichen Gut und dem sonstigen Vermögen als „Erbe" bezeichnet.[2] Die Regel bilden „einfache" Grundstücke; „zusammengesetzte" Grundstücke kommen in Hamburg nur selten vor, sie können nur gebildet werden, falls davon Verwirrung nicht zu besorgen ist.[3]

1. Nach § 90 G.B.O. kann bestimmt werden, daß die Grundstücke des Fiskus oder gewisser juristischer Personen, die öffentlichen Wege und Gewässer, sowie solche Grundstücke, welche einem dem öffentlichen Verkehr dienenden Bahnunternehmen gewidmet sind, nur auf Antrag ein Grundbuchblatt erhalten.

a) Hamburg hat von diesem Vorbehalte Gebrauch gemacht. Nach § 18 A.G. z. G.B.O. sind vom Buchungszwang befreit:

α) die Grundstücke des Hamburgischen Fiskus. Mit Rücksicht auf die Rechtsstellung des Reichsfiskus findet diese Vorschrift auch auf ihn Anwendung;[4]

β) die Grundstücke der Hamburgischen Gemeinden;[5]

1) Vgl. Mot. z. Entw. I des B.G.B. III S. 54.
2) Vgl. Baumeister I S. 100.
3) Vgl. Dernburg III S. 10, ferner unten § 68 III.
4) Vgl. Denkschrift z. Entw. einer G.B.O. S. 78; Melchior, G.B.O. § 90 I; Melchior, Hamb. Ausführungsges. S. 76; Wulff III S. 268 Anm. 1.
5) Darunter sind nicht nur die Landgemeinden, sondern auch die Städte Bergedorf und Cuxhaven zu verstehen; vgl. Ges. betr. die Einführung Hamb. Organis. usw. in Bergedorf v. 30. Dez. 1872 (Wulff I S. 85).

γ) die Grundstücke der evangelisch-lutherischen Kirche und der staatlich anerkannten Religionsgesellschaften in Hamburg;[6]

δ) die Grundstücke der Stiftungen[7] und Anstalten des öffentlichen Rechts;[8]

ε) die Grundstücke Hamburgischer Realgemeinden, soweit letztere juristische Personen sind;[9]

ζ) die öffentlichen Wege[10] und Gewässer;[11]

η) die Deiche und Deichstrecken;[12]

ϑ) die Grundstücke, welche einem dem öffentlichen Verkehr dienenden Bahnunternehmen gewidmet sind.[13]

Den Antrag auf Anlegung eines Grundbuchblattes können die Eigentümer des Grundstücks, jeder, dem ein eintragungsfähiges Recht an dem Grundstück zusteht, und wer auf Grund eines vollstreckbaren Titels gegen den Berechtigten eine Eintragung verlangen kann, stellen (§ 14 G.B.O.).

Erlangt ein Grundstück, welches im Grundbuch eingetragen ist, nachträglich die Buchungsfreiheit, so ist auf Antrag das Blatt aus

6) Staatlich anerkannte Religionsgesellschaften sind in Hamburg die deutsch-evangelisch-reformierte (Konz. v. 7. Nov. 1785, Wulff III S. 474), die französisch-reformierte (Konz. v. 1. März 1786, Wulff III S. 476), die englisch-reformierte (Konz. v. 28. Jan. 1818, Wulff III S. 479), die englisch-bischöfliche (Konz. v. 17. Jan. 1834, Wulff III S. 481), die Baptisten- (Konz. v. 21. Mai 1858, Wulff III S. 483), die Mennoniten- (Regl. v. 20. Okt. 1814, Wulff III S. 473), die deutsch-israelitische und die portugiesisch-jüdische (Ges. v. 7. Nov. 1864, Wulff III S. 485) sowie die römisch-katholische Gemeinde (Konz. v. 31. März 1848 und Ges. v. 19. Januar 1904, Wulff III S. 488). S. § 26 I 2.

7) Vgl. oben § 27 II. Gemeint sind hier nur die Stiftungen des öffentlichen Rechts.

8) Der Begriff „Anstalt" umfaßt alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die nicht unter die vorher erwähnten Begriffe fallen. Die Vorschrift trifft diejenigen Stiftungen und Anstalten, welche in Hamburg domiziliert sind, einerlei, ob sie auf Reichs- oder Landesrecht beruhen. Auch die Landesversicherungsanstalt der Hansestädte gehört hierher, ferner die Fischerei- und Wassergenossenschaften. Vgl. Wulff III S. 268 Anm. 6.

9) Diese Beschränkung ergibt sich aus § 90 G.B.O., da nach demselben nur Grundstücke „gewisser juristischer Personen" vom Buchungszwange befreit sind. Realgemeinden sind diejenigen, nicht mit der politischen Gemeinde zusammenfallenden Genossenschaften, bei welchen die Mitglieder kraft ihres Besitzes von Grund und Boden ein gewisses Nutzungsrecht haben (vgl. Prot. der II. Komm. des B.G.B. I S. 617). In Hamburg gibt es sehr verschiedenartige Realgemeinden. S. § 25 V.

10) Vgl. § 88.

11) Vgl. § 92.

12) Vgl. § 95.

13) Dazu gehören auch die Bahnhöfe und Depots der Straßenbahnen; vgl. Wulff III S. 268 Anm. 11.



dem Grundbuch auszuscheiden. Erlangt *ein Teil des Grundstücks* die Buchungsfreiheit, so ist auf dem Blatte des Stammgrundstücks die Eigentumsänderung und, falls gleichzeitig der Antrag auf Ausscheidung gestellt wird, auch diese Ausscheidung einzutragen.

b) Die *landesgesetzlichen Vorschriften* über die *Übertragung des Eigentums* an einem nicht eingetragenen buchungsfreien Grundstück, das auch nach der Übertragung buchungsfrei bleibt, sind an sich unberührt geblieben (Art. 127 E.G. z. B.G.B.). *Hamburg besitzt solche Vorschriften nicht* und hat auch anläßlich des Inkrafttretens des B.G.B. keine erlassen. Es finden vielmehr auf diese Eigentumsübertragungen die Vorschriften des B.G.B. Anwendung (§ 29 A.G. z. B.G.B.). In allen Fällen muß mithin vor der Eigentumsübertragung die Eintragung im Grundbuch erfolgen; die Übertragung geschieht wie bei anderen Grundstücken durch Auflassung und Eintragung.

c) Auch die *landesgesetzlichen Vorschriften über die Begründung und Aufhebung einer Dienstbarkeit* an dem nicht eingetragenen buchungsfreien Grundstück bleiben unberührt (Art. 128 E.G. z. B.G.B.).

Von diesem Vorbehalt hat Hamburg Gebrauch gemacht (§ 43 A.G. z. B.G.B.). Zum Zweck der Begründung oder Aufhebung einer Dienstbarkeit bedarf es nicht der vorgängigen Eintragung des buchungsfreien Grundstücks.

α) Zur *Begründung einer Dienstbarkeit*[14] jeder Art an einem buchungsfreien und tatsächlich nicht eingetragenen Grundstück[15] genügt die *Einigung der Beteiligten*. Die Erklärung, durch welche der Eigentümer die Dienstbarkeit einräumt, also nicht der ganze Bestellungsakt, muß in einer öffentlichen oder öffentlich, d. h. notariell beglaubigten Urkunde abgegeben werden.

Die *Einigung* ist hier der unmittelbar dinglich wirkende Akt. Sie ist scharf zu unterscheiden von dem Kausalakt, auf den sie erfolgt, z. B. Kauf, Schenkung, mögen auch beide äußerlich vielfach zusammenfallen. Sie ist, wie die Einigung des B.G.B., in ihrer Gültigkeit von der-

14) Dies bezieht sich bloß auf Dienstbarkeiten im Sinne des B.G.B., nicht auf anderweitige Belastungen, aber auf Dienstbarkeiten aller Art, außer auf Grunddienstbarkeiten auch auf persönlich beschränkte Dienstbarkeiten, den Nießbrauch usw.

15) Dienstbarkeiten, welche einem buchungsfreien Grundstück aktiv zustehen, fallen natürlich nicht hierunter.

jenigen des Kausalaktes nicht abhängig. Denn es ist davon auszugehen, daß das A.G. den Begriff der „Einigung" im Sinne des B.G.B. verwendet.[16]

Eine Begründung des Rechts durch Ersitzung wird nicht anerkannt. Wohl aber kommt auf dem vorbehaltenen Gebiet des Wege- und Wasserrechts die unvordenkliche Verjährung in Betracht. S. §§ 88, 92.

β) Zur Aufhebung einer Dienstbarkeit an einem derartigen Grundstück genügt die dem Eigentümer gegenüber in einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde abgegebene einseitige Erklärung des Berechtigten, daß er das Recht aufgebe. Dagegen ist Nichtgebrauch kein Erlöschungsgrund.[17]

d) Für die Begründung sonstiger Rechte an buchungsfreien Grundstücken besteht kein Vorbehalt. Hypotheken, Grundschulden, Reallasten usw. können an solchen Grundstücken, soweit sie überhaupt bestehen können, nur nach Maßgabe des B.G.B. begründet werden. Die Begründung setzt also Eintragung des Grundstücks im Grundbuch voraus.

e) Wer für seine Grundstücke von der Buchungspflicht befreit ist, kann, falls ein ihm gehöriges oder von ihm erworbenes Grundstück im Grundbuch eingetragen ist, dessen Ausscheidung aus dem Buche verlangen, wenn keine Eintragung vorhanden ist, von der das Recht des Eigentümers betroffen wird (§ 90 Abs. 2 G.B.O.).

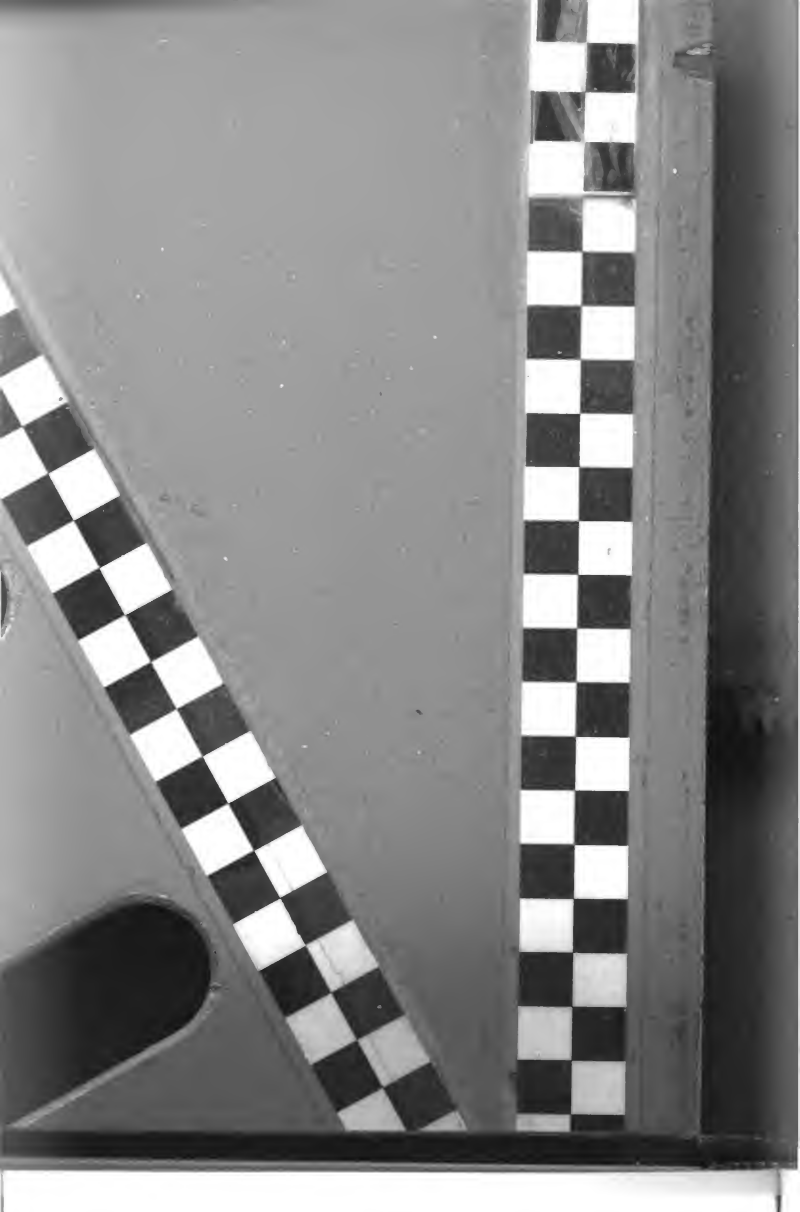
2. Es ist möglich, daß ein buchungspflichtiges Grundstück im Grundbuch nicht eingetragen ist. Für diesen Fall, sowie für den Fall, daß ein buchungsfreies Grundstück in das Grundbuch eingetragen werden soll, ist dem Landesrecht die Bestimmung des Verfahrens zum Zweck der Eintragung überlassen worden (§ 91 G.B.O.). Hierüber s. unten § 68 I 4.

3. Ein Grundstück kann im Grundbuch doppelt eingetragen oder ein im Grundbuch eingetragenes Grundstück im Flurbuch nicht mehr nachweisbar sein.

---

16) So auch Oertmann S. 467 für das übereinstimmende bayrische Recht.

17) Daß die Ersitzung als Begründungsmittel ausgeschlossen werden sollte, ergeben die Mot. (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 42), nach denen von den Voraussetzungen des B.G.B. für die Entstehung der Dienstbarkeit lediglich die Eintragung fortfallen soll. Das B.G.B. kennt aber eine Ersitzung von Dienstbarkeiten an Grundstücken nicht.



a) Werden über ein Grundstück mehrere Grundbuchblätter geführt, so sind bei Übereinstimmung der Blätter alle bis auf eins, und zwar, falls bei sonstiger Übereinstimmung der Blätter eins von ihnen vollständiger ist, bis auf dieses zu schließen. Auf dem offengehaltenen Blatte sind die weiteren Eintragungen vorzunehmen. Besteht ein Widerspruch zwischen den Blättern, so ist der Versuch einer Verständigung zwischen denjenigen zu machen, deren Rechte von dem Widerspruch betroffen werden. Mißlingt die Verständigung, so sind alle Blätter offen zu halten, doch ist nur eins weiterzuführen und auf den übrigen Blättern ein bezüglicher Vermerk anzubringen.[18]

b) Grundbuchblätter über Grundstücke, deren Übereinstimmung mit dem Flurbuch vom Grundbuchamt nicht festzustellen ist, sind nach Durchführung eines Aufgebotsverfahrens zu schließen, wenn eine Eintragung in dem Grundbuche seit 30 Jahren nicht erfolgt ist.[19]

II. Außer den Grundstücken kann kraft Reichsrechts das Erbbaurecht ein besonderes Grundbuchblatt erhalten, auch wenn das Grundstück, auf welchem es lastet, kein Grundbuchblatt hat.[20]

III. Landesrechtlich kommt in Hamburg als Gegenstand des Grundbuchs noch das Erbpachtrecht in Betracht (s. § 60 Anm. 11), welches zu seiner Entstehung der Eintragung nicht bedarf, aber eingetragen werden kann.

Das dem Staate auf Grund des Gesetzes vom 25. Juni 1906 zustehende Bergwerkseigentum kann mangels besonderer Vorschrift im Grundbuch nicht eingetragen werden (s. § 81 II).

§ 66. Die Einführung des neuen Grundbuchrechts.

Das neue Grundbuchrecht setzt ein dem Reichsrecht entsprechendes Grundbuch voraus. Da ein solches nicht in allen Bundesstaaten vorhanden war, ist dem Landesrecht sowohl die Ordnung des Verfahrens betr. die Anlegung der Grundbücher, wie auch die Bestimmung des Zeitpunktes, in welchem das Grundbuch für einen Bezirk als angelegt anzusehen ist, übertragen worden (Art. 186 Abs. 1 E.G. z. B.G.B.).

18) Vgl. § 19 Ziff. 4 A.G. z. G.B.O., Nr. 5 Bek. v. 11. Dez. 1899 (Wulff III S. 279).

19) Vgl. § 19 Ziff. 4 A.G. z. G.B.O., Nr. 4 Bek. v. 11. Dez. 1899 (Wulff III S. 278).

20) Vgl. § 7 G.B.O.; Denkschr. z. Entw. II der G.B.O S. 76.

I. In Hamburg entsprachen die alten Grundbücher im wesentlichen den Vorschriften des neuen Rechts und waren nur wenig Änderungen vorzunehmen. Daher wurde das neue Immobiliarrecht schon bald nach dem Inkrafttreten des B.G.B. für das ganze Staatsgebiet in Kraft gesetzt. Als Zeitpunkt, mit welchem das Grundbuch für das Hamburgische Staatsgebiet als angelegt anzusehen war, ist durch Ver. des Senats vom 27. Sept. 1899[1] der 1. Februar 1900 festgesetzt worden.

Infolgedessen richtete sich der Erwerb und Verlust des Eigentums sowie die Begründung, Übertragung, Belastung und Aufhebung eines anderen Rechts an einem Grundstücke oder eines Rechtes an einem solchen Rechte, sowie die Änderung des Inhalts und des Ranges der Rechte in der Zeit vom 1. Januar 1900 bis 1. Februar 1900 noch nach dem alten Recht. Doch konnte ein nach den Vorschriften des B.G.B. unzulässiges Recht im Januar 1900 nicht mehr begründet werden (Art. 189 E.G. z. B.G.B.).

In der Zwischenzeit kamen die allgemeinen Vorschriften des B.G.B. über Sachen und deren Verhältnis zueinander, sowie über den Inhalt des Eigentums auch bei Immobilien zur Anwendung.[2]

II. Die Überleitung vom alten in das neue Grundbuchrecht ist dadurch erfolgt, daß die alten Grundbücher zu Grundbüchern des neuen Rechts erklärt worden sind (§ 12 A.G. z. G.B.O.).

1. Im einzelnen gelten seit dem 1. Februar 1900 als Grundbücher:

a) im Bereich des Stadthypothekenbureaus die Hauptbücher; soweit die Erbe- und Rentebücher Eintragungen enthalten, auf welche in den Hauptbüchern durch Bezugnahme auf die Stelle der Eintragung verwiesen wird, auch die Erbe- und Rentebücher in Verbindung mit den Hauptbüchern;

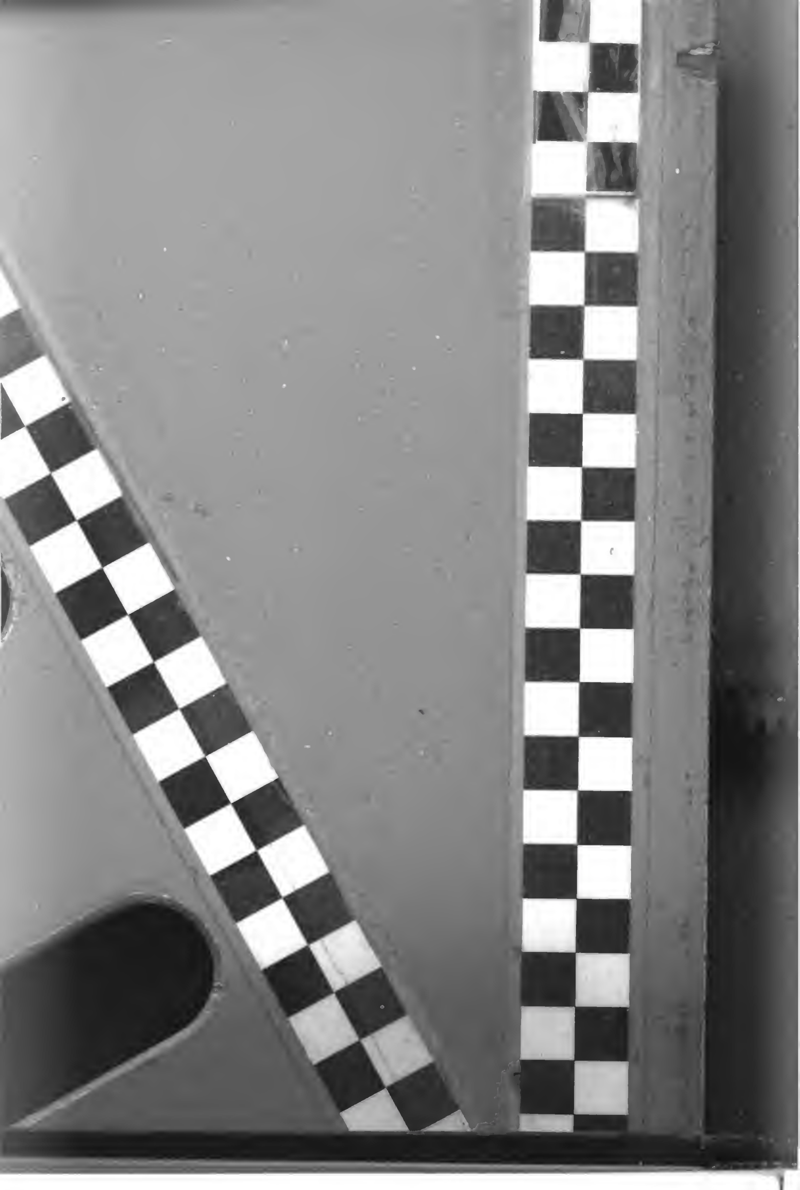
b) im Bereich des Landhypothekenbureaus die Eigentums- und Hypothekenbücher;[3]

---

1) Der Senat wollte nach § 11 des Entw. des A.G. z. G.B.O. das ganze neue Liegenschaftsrecht am 1. Januar 1900 gleichzeitig mit dem B.G.B. in Kraft treten lassen. Mit Rücksicht auf die Anfang Januar stattfindenden Rentetage wünschte jedoch die Bürgerschaft eine Hinausschiebung des Termins um kurze Zeit; der Senat wurde deshalb durch § 11 A.G. z. G.B.O. ermächtigt, den maßgebenden Tag zu bestimmen (Wulff III S. 266, 277).

2) Vgl. über diese heute der praktischen Bedeutung entbehrende Frage im einzelnen Habicht S. 459 ff.

3) Vgl. über diese Bücher § 63. Dort sind auch die Grenzen der Bezirke der früheren Hypothekenbureaus angegeben.



c) im Bereich des Hypothekenbureaus in Bergedorf die als Stadtbuch, Landbuch und Grundbuch geführten Bücher;

d) im Bereich des Hypothekenbureaus in Ritzebüttel die Hypothekenbücher.

2. Tatsächlich sind alsbald nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts für die Bezirke der Grundbuchämter in Hamburg und in Ritzebüttel neue Grundbücher angelegt worden, die an Stelle der alten getreten sind (§ 14 A.G. z. G.B.O.). Nur in Bergedorf werden die alten Bücher noch fortgeführt.

Über die Anlegung der neuen Grundbücher und die Erneuerung eines Grundbuchblattes[4] sind Vorschriften getroffen worden, welche auch in Zukunft für den Fall einer Erneuerung der Grundbücher noch von Bedeutung sein können.

a) Die Anlegung neuer Grundbücher und die Erneuerung eines Grundbuchblattes bedarf der Genehmigung des Senats (§ 14 Abs. 1 A.G. z. G.B.O.). Andernfalls entstehen keine Grundbücher im Sinne des Gesetzes.

b) Die Anlegung eines neuen Grundbuchblattes erfolgt in der Weise, daß das Grundstück unter Schließung des bisherigen Blattes und unter Mitübertragung des noch gültigen Inhalts desselben auf ein neues Blatt übertragen wird[5] (§ 14 Abs. 2 A.G. z. G.B.O.).

Wird hierbei ein Recht nicht übertragen, so gilt es als gelöscht, auch wenn die Übertragung aus Versehen unterblieben ist.[6] Der durch die Löschung Verletzte hat einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs. Über die Haftung für den dem Verletzten erwachsenen Schaden s. § 71 III.

c) Die erfolgte Anlegung eines neuen Blattes soll dem Eigentümer und denen, für welche ein Recht an dem Grundstücke im Grundbuch eingetragen ist, unverzüglich bekannt gemacht werden[7] (§ 14 Abs. 3 A.G. z. G.B.O.).

---

4) Die Erneuerung eines Grundbuchblatts liegt nicht vor, wenn für ein nicht eingetragenes Grundstück ein Blatt oder ein neues Blatt für ein durch Teilung oder Kombination von Grundstücken entstandenes neues Grundstück angelegt wird.

5) Im einzelnen vgl. hierüber Nr. 38—40 der Geschäftsanw. für die Grundbuchämter (Wulff III S. 292).

6) Gemäß § 47 Abs. 2 G.B.O. Dies betrifft namentlich die Grunddienstbarkeiten, s. § 97 III 1 d.

7) Vgl. Nr. 42 der Geschäftsanw. (Wulff III S. 293).

d) Bei der Anlegung neuer Bücher in Ritzebüttel sind nicht aufgenommen worden die Rechte an Begräbnisstätten und Kirchenstühlen,[8] Deichgerechtigkeiten[9] sowie die Rechte an Grundstücken von Realgemeinden und ähnlichen Verbänden, soweit nicht die letzteren Rechte auch auf einem für das belastete Grundstück angelegten Grundbuchblatte eingetragen waren (§ 15 A.G. z. G.B.O.).

3. Die Erklärung der alten Bücher zu Grundbüchern hat die Wirkung, daß auf sie alle Rechtssätze des B.G.B. über die Grundbücher Anwendung finden.

a) Der öffentliche Glaube des B.G.B. (§§ 892, 893 B.G.B.) und die im § 891 B.G.B. aufgestellten Rechtsvermutungen erstrecken sich auch auf die alten Bücher. Dies hat besondere Bedeutung für die bei dem Stadthypothekenbureau früher geführten Hauptbücher, da diese nicht unter dem öffentlichen Glauben standen, sondern reine Repertorien waren.[10] Infolgedessen kann es vorkommen, daß eine Eintragung in den Erbe- und Rentebüchern, auf welche in den Hauptbüchern an der für das betreffende Grundstück bestimmten Stelle nicht verwiesen ist, ihre Bedeutung verliert. Den hieraus entstehenden Schaden hat der Staat zu tragen. S. § 71 II.

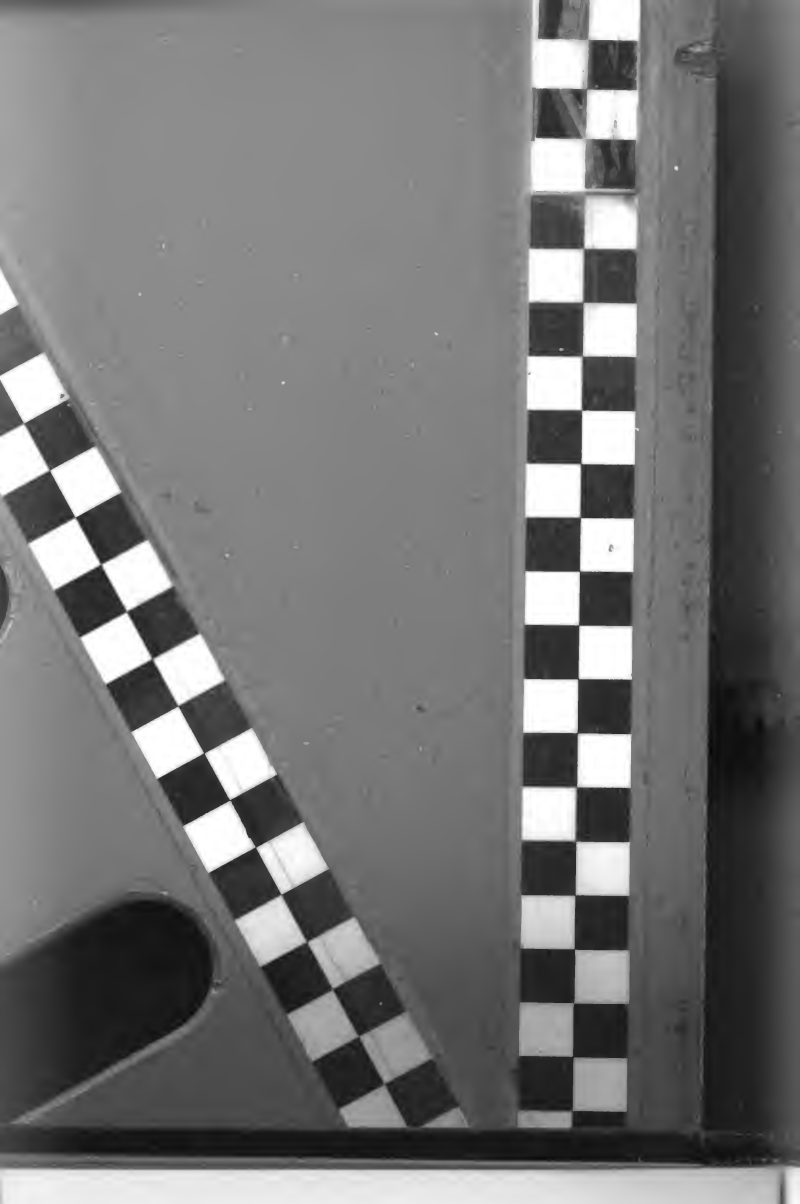
b) Die materiellen Wirkungen der alten Eintragungen bleiben dagegen unberührt.

c) Die Anlegung der neuen Grundbücher für Hamburg und Ritzebüttel hat an diesen Grundsätzen nichts geändert. Denn diese hat lediglich die Bedeutung der Übertragung des Inhalts der alten Grundbuchblätter auf rein äußerlich anders redigierte, rechtlich gleichartige Folien.[11]

d) Soweit in den früheren Büchern, was namentlich bei denen des Landhypothekenbureaus der Fall ist, bei Eintragungen auf Konsensprotokolle, Annotationen oder auf die der Zuschreibung zugrunde liegenden Kämmereikontrakte Bezug genommen ist, gilt auch der Inhalt dieser Urkunden als Inhalt des Grundbuchs.[12]

---

8) Vgl. § 62 I 4 und II.
9) Vgl. § 95 V 5.
10) Vgl. § 63 II 1 a.
11) So mit Recht Melchior, Hamb. Ausführungsgeſ. S. 58 II 3. Es gilt also nach § 47 Abs. 2 G.B.O. ein nicht übertragenes Recht als gelöscht.
12) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 119.



§ 67. Das Grundbuch.

I. Die Grundbücher sind für Bezirke einzurichten (§ 2 G.B.O.). Diese Bezirke brauchen nicht mit den Bezirken der Grundbuchämter zusammenzufallen; ein Grundbuchamt kann die Grundbücher für mehrere Bezirke führen.

In Hamburg stimmen die Grundbuchbezirke mit den Flurbuchbezirken überein[1] (§ 16 Abs. 2 A.G. z. G.B.O.), welche im wesentlichen mit den Stadtteilen und den Landgemeinden zusammenfallen.

II. Jedes Grundstück erhält im Grundbuche eine besondere Stelle, ein Grundbuchblatt (§ 3 G.B.O.).

1. Die Grundbuchblätter, deren jedes 16 Seiten enthält, erhalten fortlaufende Nummern.

Bei dem Grundbuchamt Hamburg werden je 50, in Ritzebüttel je 30 Grundbuchblätter zu einem Bande vereinigt. Die Bände sind mit fortlaufenden römischen Zahlen zu versehen. Die Blätter werden ohne Rücksicht auf die Einteilung in Bände durchgezählt.[2]

2. Ist ein Grundbuchblatt oder das Bestandsverzeichnis[3] oder eine Abteilung eines Blattes vollgeschrieben, so sind die Eintragungen an anderer Stelle fortzusetzen, und zwar auf leergebliebenen Seiten geschlossener Grundbuchblätter oder in nach Bedarf anzulegenden Ergänzungsbänden.[4]

3. In den neuen Grundbüchern bedarf die Schließung eines Grundbuchblattes der Genehmigung des Senats, es sei denn, daß das ganze auf dem Blatte verzeichnete Grundstück abgeschrieben ist.[5]

---

1) Beim Grundbuchamt Hamburg bestehen folgende Grundbuchbezirke (Nr. 2 Geschäftsanw. f. d. Grundbuchämter, Bek. d. Senats v. 16. Mai 1902 [Ges.Samml. I S. 48]): Altstadt-Nord, Altstadt-Süd, Rotherbaum, Borgfelde, Neustadt-Nord, Neustadt-Süd, Hohenfelde, St. Georg-Nord, St. Georg-Süd, St. Pauli-Nord, St. Pauli-Süd, Winterhude, Uhlenhorst, Hamm-Geest, Hamm-Marsch, Harvestehude, Eppendorf, Barmbeck, Eilbeck, Eimsbüttel, Horn-Geest, Horn-Marsch, Billwärder Ausschlag, Steinwärder, Kl.-Grasbrook, Veddel, Gr.-Borstel, Alsterdorf, Ohlsdorf, Kl.-Borstel, Fuhlsbüttel, Langenhorn, Farmsen, Volksdorf, Ohlstedt, Wohldorf, Gr.-Hansdorf, Schmalenbeck, Finkenwärder, Moorburg, Moorwärder, Billwärder I., II., III., IV. Quartier, Reitbrook, Allermöhe, Moorfleth, Spadenland, Tatenberg, Ochsenwärder I., II., III., IV., V. Quartier, Elbinseln.

2) Vgl. Nr. 3, 48 der Geschäftsanw. f. d. Grundbuchämter.

3) Vgl. § 69 II.

4) Vgl. Nr. 5 der Geschäftsanw. f. d. Grundbuchämter. Im Falle einer Fortsetzung hat eine Verweisung auf dem Blatte zu erfolgen.

III. Für jedes Grundbuchblatt sind besondere Grundakten zu führen, zu welchen alle auf das Grundstück bezüglichen Schriftstücke zu nehmen sind und über welche Nr. 6 der Geschäftsanw. für die Grundbuchämter Näheres bestimmt. Insbesondere ist den Grundakten eine Tabelle, welche eine wörtliche Abschrift des Grundbuchblattes enthält, ein Nummernverzeichnis und ein Blatt mit dem Vermerk der Bestellung von Vertretern und Zustellungsbevollmächtigten sowie der Adressen von Berechtigten vorzuheften.

Die Vorschriften des B.G.B. über den öffentlichen Glauben beziehen sich nicht auf die Grundakten, wohl aber auf die Eintragungsbewilligung, sofern bei einer Eintragung auf dieselbe Bezug genommen ist.[6]

IV. Für jeden Grundbuchbezirk ist ein alphabetisches Eigentümerverzeichnis zu führen, in welches die Eigentümer der in dem Grundbuch verzeichneten Grundstücke einzutragen sind.[7] Dies Verzeichnis hat eine rechtliche Bedeutung nicht.

V. Grundbücher dürfen von der Amtsstelle nicht entfernt werden. Grundakten können, falls sie entbehrlich sind, auf Anordnung des Richters an andere Gerichte und Behörden versandt werden.[8]

VI. Nach dem Reichsrecht (§ 21 G.B.O.) ist die Einsicht in das Grundbuch und die Erteilung von Abschriften aus demselben nur beim Nachweise eines berechtigten Interesses gestattet. Doch ist die Landesjustizverwaltung befugt, die Einsicht und die Erteilung von Abschriften in weiterem Umfange zu gestatten (§ 93 G.B.O.).

Hamburg hat von dieser Befugnis Gebrauch gemacht. Die Einsicht des Grundbuchs und der Grundakten ist gegen Zahlung der gesetzlichen Gebühr[9] jedem gestattet. Doch kann der Richter das Recht zur Einsicht der Grundakten im einzelnen Falle beschränken auf die Urkunden, auf die im Grundbuche zur Ergänzung einer Eintragung Bezug genommen ist, und auf die noch nicht erledigten Eintragungsanträge.[10]

---

5) Vgl. § 14 Abs. 1 A.G. z. G.B.O., Nr. 5 der Geschäftsanw. f. d. Grundbuchämter.

6) Vgl. Dernburg III S. 141; Planck III § 892 Anm. I 5.

7) Vgl. Nr. 10 der Geschäftsanw. f. d. Grundbuchämter.

8) Vgl. Nr. 7 der Geschäftsanw. f. d. Grundbuchämter.

9) Vgl. § 33 Hamb. Gerichtskostenges. v. 29. Dez. 1899. Für die Einsicht des Grundbuchblatts ist 1 Mk., für die Beglaubigung der Abschrift eines Grundbuchblatts 3 Mk. zu entrichten.

10) Vgl. Nr. 1 Bek. v. 11. Dez. 1899 betr. das Grundbuchwesen.

Soweit hiernach die Einsicht der Grundakten gestattet ist, kann auch eine beglaubigte Abschrift gefordert werden.[11]

VII. Über eine Verpflichtung der Grundbuchämter zur Auskunftserteilung enthält das Hamburgische Recht nur die Vorschrift, daß jede in das Grundbuch eingetragene Eigentumsänderung der Finanzdeputation, der Steuerdeputation, dem Vermessungsbureau (§ 31 A.G. z. G.B.O.), der Deputation für die Stadtwasserkunst und der Feuerkassendeputation (Nr. 34 Geschäftsanw. für die Grundbuchämter) mitgeteilt werden soll.[12] Im übrigen ist aus dem staatsrechtlichen Grundsatz, daß staatliche Behörden sich gegenseitig zu unterstützen haben, zu folgern, daß, falls nicht besondere Bedenken bestehen, die Grundbuchämter den Behörden auch auf Anfrage Auskunft zu erteilen haben.

Private haben kein Recht auf Auskunfterteilung. Die Auskunfterteilung ist aber mit Dernburg als nobile officium des Richters anzusehen, soweit nicht besondere Hindernisse bestehen.[13]

§ 68. Die Flurbücher.

Die Bezeichnung der Grundstücke erfolgt in den Grundbüchern nach einem amtlichen Verzeichnis, in welchem die Grundstücke unter Nummern oder Buchstaben aufgeführt sind. Die Einrichtung des Verzeichnisses ist dem Landesrecht überlassen (§ 2 G.B.O.).

In Hamburg sind als die amtlichen Verzeichnisse die von dem Vermessungsbureau geführten Flurbücher anzusehen (§ 16 Abs. 1 A.G. z. G.B.O.), es sind die Grundbücher auf die Flurbücher zurückgeführt worden.

I. Vermessungskarten und Flurbücher wurden zuerst für den Bereich der Landherrnschaften der Geest- und Marschlande zu Zwecken der Steuerschätzung und zur Berichtigung der Eigentumsbücher des Landhypothekenbureaus angelegt. Nach Abschluß der Vermessungsarbeiten wurde, um den Karten und Flurbüchern Gültigkeit zu

---

11) Vgl. Nr. 6 der Geschäftsanw. f. d. Grundbuchämter a. E.

12) Vgl. auch Nr. 34 Geschäftsanw. f. d. Grundbuchämter. Ferner wird auf Grund eines Abkommens von den Eigentumsveränderungen auch die Baudeputation, Abteilung für Sielwesen, von sämtlichen auf den Hypothekenverkehr bezüglichen Eintragungen auch die Steuerdeputation benachrichtigt (Melchior, Hamb. Ausführungsges. S. 94).

13) Vgl. Dernburg III § 37 III 2.

verleihen, durch Gesetz vom 30. Oktober 1865 [1] ein Aufgebotsverfahren angeordnet. Im Lauf der Jahre ist dies Gesetz auf die Mehrzahl der Landgemeinden, durch Gesetz vom 17. Oktober 1873 auf die Landherrnschaft Ritzebüttel, durch Gesetz vom 2. Mai 1883 [2] auf die Landherrnschaft Bergedorf ausgedehnt worden. Nachdem die Katastervermessung auch für die Stadtteile Neustadt, Altstadt, St. Georg, St. Pauli, Rotherbaum, Harvestehude, Eppendorf, Uhlenhorst, Hohenfelde, Borgfelde und Steinwärder zum Abschluß gelangt ist, ist das Gesetz am 17. Mai 1897 [3] auch auf die Stadt Hamburg ausgedehnt worden.

1. Nach den Vorschriften dieser Gesetze erfolgt zunächst die Auslegung der Karten und Flurbücher auf dem Vermessungsbureau. In den auszulegenden Flurbüchern werden nach dem Grundbuche die Namen der Eigentümer aufgeführt und, sofern die Grundstücke nicht im Grundbuche eingetragen sind, die Namen der derzeitigen Besitzer, ohne daß jedoch daraus eine rechtliche Folgerung für den Besitztitel entnommen werden darf.[4]

2. Dann erfolgt eine öffentliche Aufforderung an die Eigentümer, Hypothekengläubiger und sonstigen Berechtigten an den in den Karten und Flurbüchern verzeichneten Grundstücken, ihre Erinnerungen und Einwendungen innerhalb einer Frist, welche im Landgebiete mindestens 6 Wochen, in der Stadt Hamburg mindestens 3 Monate beträgt, bei Verlust ihrer Einsprüche vorzubringen.[4]

3. Das weitere Verfahren richtet sich danach, ob Erinnerungen und Einwendungen erhoben werden oder nicht.

a) Sind keine solchen Erinnerungen oder Einwendungen erhoben, so ist der Inhalt der Karten und Flurbücher ohne weiteres zur Berichtigung der Grundbücher [5] zu benutzen. Daraus ergibt sich aber nicht, daß im Fall der Versäumung der Einspruchsfrist das dingliche Recht verloren oder die unangefochtene Eintragung in die Karten und Flurbücher zum selbständigen Eigentumserwerbsgrund erhoben wird. Vielmehr ist die Folge lediglich die Benutzung der Karten

---

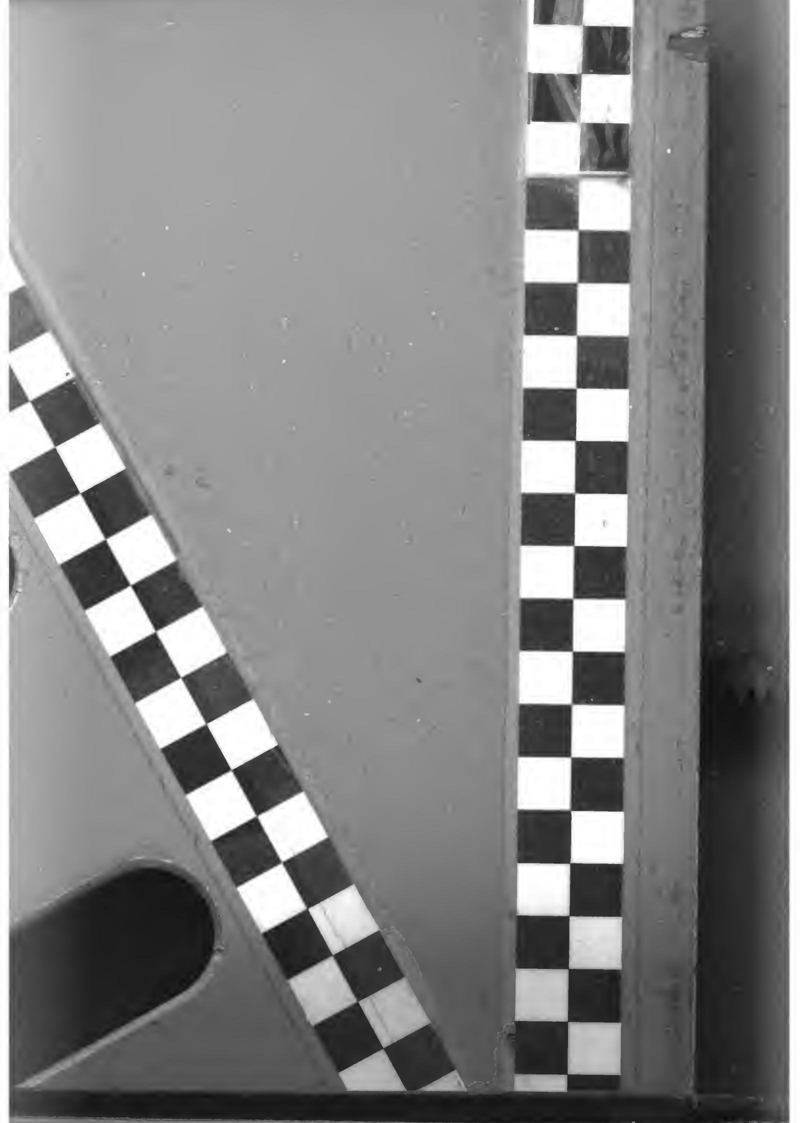
1) Vgl. Gesetz betr. die Feststellung der nach den amtlichen Vermessungen angefertigten Karten und Flurbücher des Landgebiets (Wulff III S. 308).

2) Vgl. Ges.Samml. 1883 S. 33.

3) Vgl. Ges.Samml. 1897 I 24.

4) Vgl. Art. 1, 3 Ges. v. 30. Okt. 1865, Einleitung zum Ges. v. 17. Mai 1897. S. dazu Beibl. 1903 Nr. 166.

5) Und zur Grundlage der Steuerschätzung; vgl. Art. 1 a. E. Ges. v. 30. Okt. 1865.



und Flurbücher zur Berichtigung des Grundbuchs.[6] Auf Dienstbarkeiten beziehen sich die Feststellungen in diesem Verfahren überhaupt nicht.

b) Werden Erinnerungen oder Einwendungen innerhalb der vorgeschriebenen Frist erhoben, so werden sie einer besonderen Kommission zur Prüfung überwiesen, welche alle Beteiligten, erforderlichenfalls auch die Hypothekengläubiger und sonstigen Berechtigten vorzuladen und eine Ausgleichung zu versuchen hat. Gelingt der Vergleich, so sind auf Grundlage derselben die Karten und Flurbücher zu berichtigen. Mißlingt er, so hat die Kommission den Beteiligten aufzugeben, binnen bestimmter Frist im gerichtlichen Wege ihre Rechte geltend zu machen, widrigenfalls die Kommission die ihr richtig erscheinende Feststellung oder Berichtigung der Karten und Flurbücher vornimmt.[7]

4. Wenn auch die im Aufgebotsverfahren als richtig festgestellten Karten und Flurbücher zur Berichtigung der Grundbücher von Amts wegen benutzt werden sollten, so erfolgte früher die Eintragung bisher nicht eingetragener Grundstücke doch nur auf Antrag der Beteiligten.[8]

Nach neuem Recht hat die sich bei der Feststellung der Flurbücher ergebende Nichteintragung buchungspflichtiger Grundstücke von Amts wegen zu erfolgen.

Auf Grund von § 91 G.B.O., § 19 Ziff. 1 A.G. z. G.B.O. steht dem Senat die Anordnung über das Verfahren zum Zwecke der Eintragung von uneingetragenen Grundstücken zu und ist eine derartige Anordnung in der Bekanntmachung vom 11. Dezember 1899 getroffen worden.[9] Dies Verfahren ist dasselbe, wenn es sich um die von Amts wegen erfolgende Eintragung eines buchungspflichtigen oder um die des Antrags bedürftige Eintragung eines buchungsfreien Grundstücks handelt. Die Eintragung erfolgt auf Grund des Flurbuches. Sie ist aber verschieden, je nachdem das Flurbuch, welches das einzutragende Grundstück betrifft, in Gemäßheit des oben geschilderten Feststellungsverfahrens ausgelegen hat oder nicht, und ob im Falle der Auslegung Einsprüche erhoben worden sind oder nicht.[10]

6) Vgl. Beibl. 1878 Nr. 108, 1883 Nr. 155. Dies Präjudiz wirkt auch gegen den Staat. Beibl. 1881 Nr. 42.

7) Vgl. Art. 2 Ges. v. 30. Okt. 1865.

8) Vgl. Beibl. 1881 Nr. 42.

9) Vgl. Nr. 2 der Bek. (Wulff III S. 277).

10) Die Auslegung ist für das ganze Staatsgebiet mit Ausnahme eines Distriktes von Bergedorf erfolgt (Melchior, Ausführungsges. S. 102).

a) Hat das Flurbuch ausgelegen und sind Einsprüche nicht erhoben worden, so ist vor der Eintragung ein Aufgebot bez. aller derjenigen zu erlassen, welche ein aus dem Flurbuche nicht ersichtliches Recht an dem Grundstücke in Anspruch nehmen. Wird nicht binnen sechs Wochen nach der letzten Veröffentlichung des Aufgebots die Eintragung eines geltend gemachten Rechts von dem Eigentümer bewilligt oder sind nicht die Voraussetzungen für die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs gegeben, so erfolgt die Anlegung des Grundbuchblatts ohne Berücksichtigung des Rechts. Liegen dagegen die Voraussetzungen für die Eintragung eines Widerspruchs vor, so darf die Anlegung des Grundbuchblatts erst nach der rechtskräftigen Entscheidung über den Widerspruch erfolgen.[11]

b) Sind Einsprüche gegen die Richtigkeit der Karten oder des Flurbuches erhoben und

α) bereits erledigt, so ist die Eintragung auf Grund der erfolgten Einigung oder der getroffenen gerichtlichen Entscheidung vorzunehmen;

β) noch nicht erledigt, so darf die Eintragung nicht erfolgen, bevor nicht über den Einspruch eine Einigung oder eine gerichtliche Entscheidung erfolgt ist.

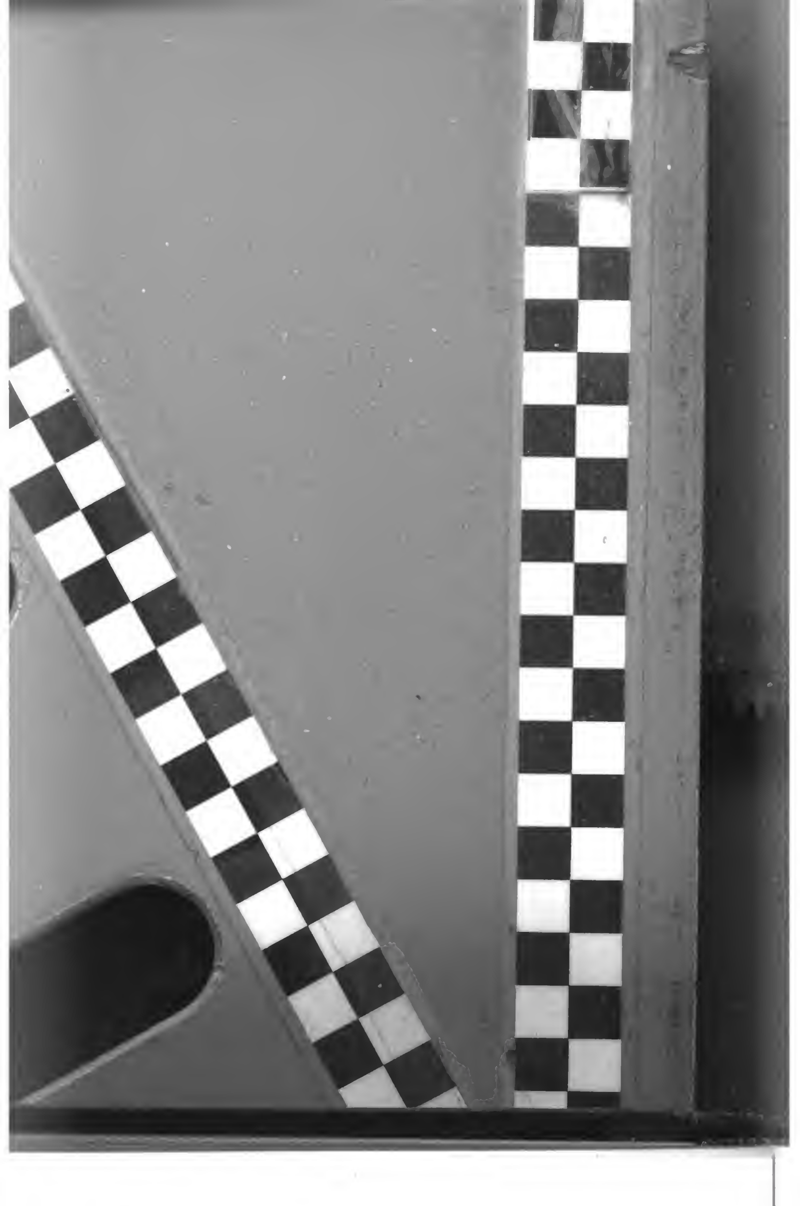
c) Hat das Flurbuch nicht ausgelegen, dann hat das Grundbuchamt vor der Eintragung von Amts wegen die zur Feststellung der an dem Grundstück bestehenden Rechte erforderlichen Ermittelungen zu veranstalten und die erforderlichen Beweise aufzunehmen.[12] Zu dem Zwecke hat es auch ein dem Falle unter a entsprechendes Aufgebot zu erlassen.

II. In den Flurbüchern sind die einzelnen Grundstücke fortlaufend in Übereinstimmung mit den Flurkarten nummeriert. In den neuen Grundbüchern wird auf diese Flurbuchnummer hingewiesen.

Zu den Flurbüchern werden im Landgebiete für alle Grundstücke, im Stadtgebiet nur für diejenigen Grundstücke, welche aus mehr als einer Parzelle bestehen, Flurbuchregister geführt. In denselben sind die einzelnen Flächenabschnitte, nach Eigentümern geordnet, zusammengestellt, dergestalt, daß mehrere, demselben Eigentümer gehörige

11) So Wulff III Anm. 278 Anm. 3. A. M. Amtsger.-Samml. 1903 S. 62.

12) Die Vorschriften des § 15 F.G.G. finden Anwendung, so daß das Grundbuchamt Zeugen und Sachverständige vernehmen, auch Eide abnehmen kann.



Parzellen, welche wirtschaftlich eine Einheit und zugleich rechtlich ein selbständiges Grundstück bilden, auf demselben Folium verzeichnet stehen.[13]

III. Ausnahmsweise können mehrere Grundstücke derartig vereinigt werden, daß der Eigentümer sie im Grundbuch als ein Grundstück eintragen läßt. Auch kann ein Grundstück dem andern als Bestandteil zugeschrieben werden[14] (§ 890 B.G.B.). Beides darf nur geschehen, wenn davon Verwirrung nicht zu besorgen ist (§ 5 G.B.O.).

Liegen die Grundstücke in den Bezirken verschiedener Grundbuchämter, so bedarf die Vereinigung der Genehmigung des Senats.[15] Auch hat der Senat dann zu bestimmen, welches Grundbuchamt das Grundbuch für das betreffende Grundstück zu führen hat (§ 2 A.G. z. G.B.O.).

IV. Die bleibende Übereinstimmung zwischen Grundbuch und Flurbuch ist von großer Bedeutung. Zu dem Zweck haben die Grundbuchämter den Vermessungsbureaus und letztere den Grundbuchämtern von jeder Eintragung Mitteilung zu machen.[16] Änderungen des Flurbuchs, durch welche der Inhalt des Grundbuchs berührt wird, sind von Amts wegen in dem Grundbuche zu vermerken.[17]

V. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs erstreckt sich nicht auf die aus dem Flurbuche in das Grundbuch übernommenen oder sonst in demselben befindlichen lediglich tatsächlichen Angaben über Größe, Lage, Bebauung, Nutzungswert usw. des Grundstücks. Er erstreckt sich ferner nicht auf das Bestandsverzeichnis,[18] auch nicht soweit dasselbe die für die Identität des Grundstücks maßgebende Lage und Begrenzung der Grundstücke feststellt.[19]

13) Vgl. Nr. 12 der Geschäftsanw. f. d. Grundbuchämter.

14) Über die Form der Eintragung vgl. Nr. 20 Abs. 2 der Geschäftsanw. f. d. Grundbuchämter.

15) Die Zulässigkeit dieser Beschränkung beruht auf Art. 119 Ziff. 3 E.G. z. B.G.B. Damit ist nicht zu verwechseln die Führung eines gemeinschaftlichen Grundbuchblatts für mehrere selbständige Grundstücke desselben Eigentümers (§ 4 G.B.O.). Diese ist nicht zulässig, wenn die Grundstücke in verschiedenen Grundbuchamtsbezirken liegen. S. § 64 III 1.

16) Bez. der Ausnahmen vgl. Nr. 3 Abs. 2 Bek. v. 11. Dez. 1899 (Wulff III S. 278).

17) Vgl. Nr. 3 Abs. 2 Bek. v. 11. Dez. 1899, Nr. 16 Geschäftsanw. f. d. Grundbuchämter. Es kommen hier besonders in Betracht Änderungen der Straßennamen oder sonstigen Belegenheitsbezeichnungen, sowie der Flurbuchnummern, Errichtung und Abbruch von Gebäuden, Berichtigung von Vermessungsfehlern. Die Änderung von Flurbuchnummern erfolgt namentlich im Falle der Veräußerung oder der aus einem anderen Grunde geschehenen Abschreibung von Grundstücksteilen. Über das hierbei einzuschlagende Verfahren vgl. Nr. 17 Geschäftsanw. f. d. Grundbuchämter (Wulff III S. 284).

18) Vgl. § 69 II.

19) Dies ist zwar bestritten, wird aber jetzt von einer überwiegenden Meinung angenommen. Die Mot. der G.B.O. (S. 171) sprechen sich klar in

§ 69. Die Einrichtung des Grundbuchblatts.

Über die Einrichtung des Grundbuchblatts trifft das Reichsrecht keine Bestimmungen, sondern überläßt dies dem Landesrecht. Das Nähere hierüber ist in der Geschäftsanweisung für die Grundbuchämter vom November 1899 Nr. 11 ff.[1] geregelt. Doch sind hierin wesentlich Ordnungsvorschriften enthalten, deren Verletzung materielle Nachteile für die Beteiligten nicht nach sich zieht.[2]

Nach diesen Vorschriften besteht das Grundbuch aus der Überschrift, dem Bestandsverzeichnis und drei Abteilungen.

I. Die Überschrift bezweckt die Individualisierung des Grundbuchblattes durch Angabe des Grundbuchbezirkes, der Nummer des Bandes und des Blattes, sowie des Blattes im Flurbuchregister, falls für das Grundstück ein solches angelegt ist.[3]

II. Das Bestandsverzeichnis bezweckt die Individualisierung des Grundstücks, für welches das betreffende Grundbuchblatt geführt wird. Es zerfällt in zwei Spalten.

1. In der ersten Spalte werden die Bestandteile des Grundstücks übereinstimmend mit der im Flurbuche gewählten Bezeichnung mit Angabe der Kulturart, Lage, Größe und Flurbuchnummer unter fortlaufender (selbständiger) Nummer eingetragen. Wirtschaftlich zusammengehörende Parzellen können unter einer Gesamtbezeichnung eingetragen werden.[4]

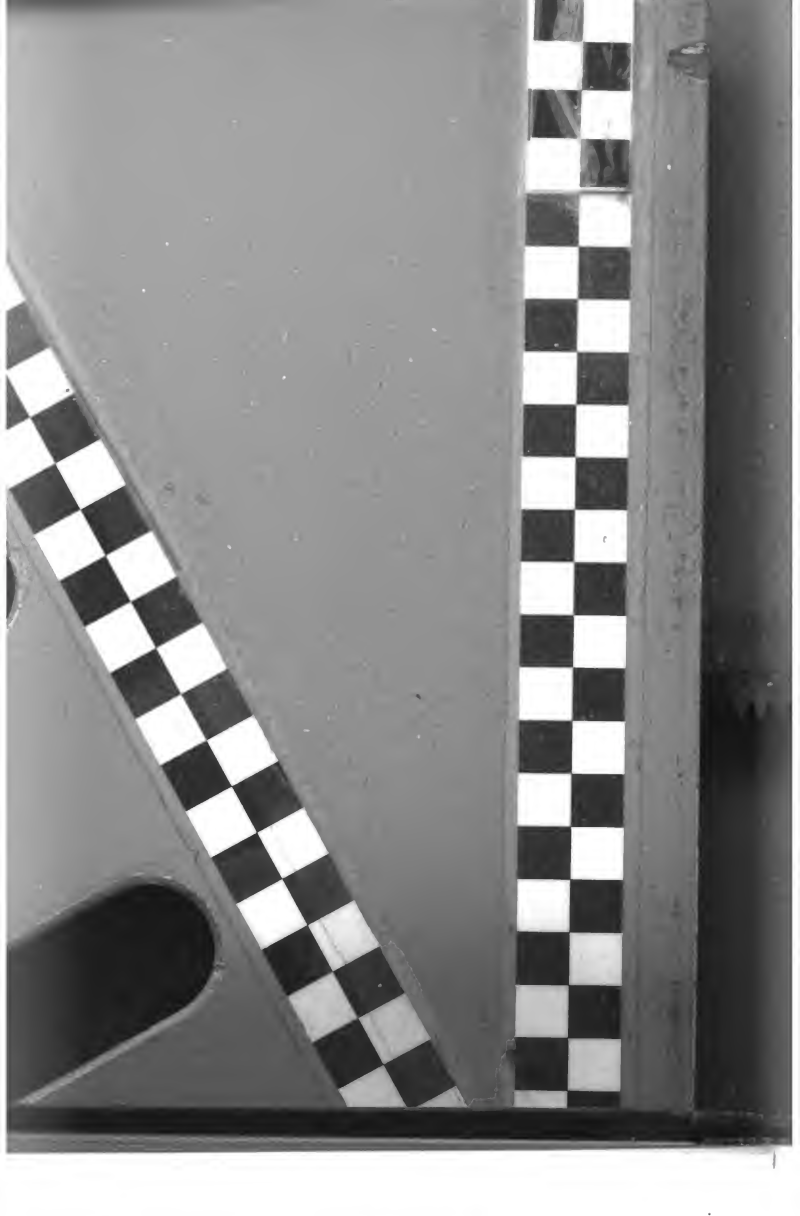
Als Bestandteile sind in Spalte 1 auch Rechte einzutragen, die mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind (§ 96 B.G.B.), z. B. Grunddienstbarkeiten, Reallasten, sowie das mit dem Eigentum am Grundstück verbundene Frontrecht.[5]

2. In der zweiten Spalte ist die Abschreibung von Grundstücken und Grundstücksteilen, sowie die Löschung der in der ersten

---

diesem Sinne aus. Die Unterscheidung zwischen Lage und Grenzen des Grundstücks „an sich“ und als „maßgebend für die Identität der Grundstücke“ ist dem heutigen Rechte fremd. Vgl. Dernburg III S. 142, Planck III § 892 Anm. I 1, für die entgegengesetzte Ansicht Fischer-Schaefer, Gesetzgebung betr. Zwangsvollstr. in das unbewegliche Vermögen S. 351 f., Wolff, Kom. z. Z.V.G. 2. Aufl. zu § 90 Anm. 3, sowie die bei Wulff III S. 264 Anm. 7 und bei Biermann, Sachenrecht S. 78 angegebene Literatur.

1) Vgl. Wulff III S. 283 ff.
2) Vgl. Entsch. des R.G. 55 S. 343.
3) Vgl. Nr. 12 Geschäftsanw. Bez. der Flurbuchregister vgl. § 68 II.
4) Vgl. Nr. 13 Geschäftsanw.
5) Vgl. Nr. 14, 15 Geschäftsanw. Bez. des Frontrechts vgl. § 90.



Spalte als Bestandteile des Grundstücks verzeichneten subjektiv-dinglichen Rechte zu vermerken.[6]

3. Sind alle in Spalte 1 vermerkten Bestandteile des Grundstücks in Spalte 2 abgeschrieben, so ist das Grundstücksblatt zu schließen.[7]

III. Die erste Abteilung dient zur Eintragung des gegenwärtigen Eigentümers und zerfällt in zwei Spalten.

1. In der ersten Spalte ist der Eigentümer unter Angabe von Vor- und Zuname sowie Wohnort einzutragen.[8] Bei Miteigentümern sind entweder die Bruchteile[9] oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis, z. B. Gesellschaft, Gütergemeinschaft anzugeben (§ 48 G.B.O.). Besteht eine in das neue Recht übergeleitete Gütergemeinschaft,[10] so ist dies hervorzuheben. Auch ist anzugeben, wenn das Grundstück der Verwaltung eines Testamentsvollstreckers unterliegt.[11] Handelsgesellschaften und Genossenschaften sind unter ihrer Firma, juristische Personen unter ihrem Namen einzutragen.

2. In der zweiten Spalte sind einzutragen:[12]

a) Zeit und Erwerbsgrund, z. B. Auflassung, Testament, gesetzliche Erbfolge, Zuschlag. Doch ist die Angabe des Erwerbsgrundes ohne rechtliche Bedeutung.

b) die Vereinigung mehrerer Grundstücke mit dem eingetragenen Grundstück.[13]

c) die Führung mehrerer selbständiger Grundstücke auf einem gemeinschaftlichen Grundbuchblatt (§ 4 G.B.O.).

d) die Erklärung des Verzichts an einem Grundstück und die Aneignung des aufgegebenen Grundstücks durch den Aneignungsberechtigten (§ 928 B.G.B., Art. 190 E.G. z. B.G.B.).

6) Vgl. Nr. 18 Geschäftsanw.

7) In diesem Falle bedarf die Schließung des Blattes nicht der sonst erforderlichen Genehmigung des Senats (Nr. 5 Geschäftsanw. a. E.).

8) Vgl. Nr. 19 Geschäftsanw.

9) Da früher bei Mitberechtigten in der Regel Bruchteile nicht angegeben wurden, so ergibt sich bei den alten Eintragungen die Art des Gemeinschaftsverhältnisses aus dem Grundbuch nicht (§ 13 Ges. v. 4. Dez. 1868). Soweit sich aus dem Grundbuch ein Miteigentum nach Bruchteilen und damit die Befugnis eines Einzelnen zur Verfügung über einen Anteil nicht ergibt, kann auch über einen Anteil nicht verfügt werden. Vgl. auch ferner Amtsger.Samml. 1902 S. 70 ff.

10) Vgl. § 115.

11) Vgl. § 90 A.G. z. B.G.B. und unten § 145. Vgl. auch Melchior, Ausführungsges. S. 121 Anm. V.

12) Vgl. Nr. 20, 21 Geschäftsanw.

13) Vgl. §§ 890 B.G.B., 5 G.B.O., 2 A.G. z. G.B.O. S. auch § 68 III.

IV. Die *zweite Abteilung* dient zur Eintragung der *Eigentumsbeschränkungen und dinglichen Lasten* privatrechtlicher Natur, soweit sie nicht Grundstückspfandrechte sind.[14] Auch sie zerfällt in zwei Spalten.

1. In der *ersten Spalte* sind die *Eigentumsbeschränkungen und Lasten*,[15] sowie Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsvermerke, Konkursvermerke, behördliche Veräußerungsverbote, richterliche Verfügungsbeschränkungen, Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstücke, dingliche Vorkaufsrechte und Widersprüche gegen eine Eigentumseintragung, sowie die Löschungen dieser Eintragungen einzutragen.

2. In der *zweiten Spalte* sind die *Veränderungen* der Eintragungen in der ersten Spalte und die *Löschung* dieser Veränderungen zu vermerken.

V. Die *dritte Abteilung* dient zur Eintragung der *Hypotheken, Grund- und Rentenschulden*.[16] Auch sie zerfällt in zwei Spalten.

1. In der *ersten Spalte* sind die *Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden*, sowie gänzliche und teilweise Löschungen dieser Rechte, ferner die *Vormerkungen* zur Sicherung des Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines solchen Rechts einzutragen. Bei Rentenschulden ist auch die Ablösungssumme anzugeben.

2. In der *zweiten Spalte* sind die *Veränderungen*, darunter auch die *Belastungen* der eingetragenen Rechte und deren *Löschungen*, ferner die *Vormerkungen* zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung eines Rechts und Widersprüche gegen eine Eintragung einzutragen.

§ 70. Beurkundung und Buchung von Eigentumsübergängen.

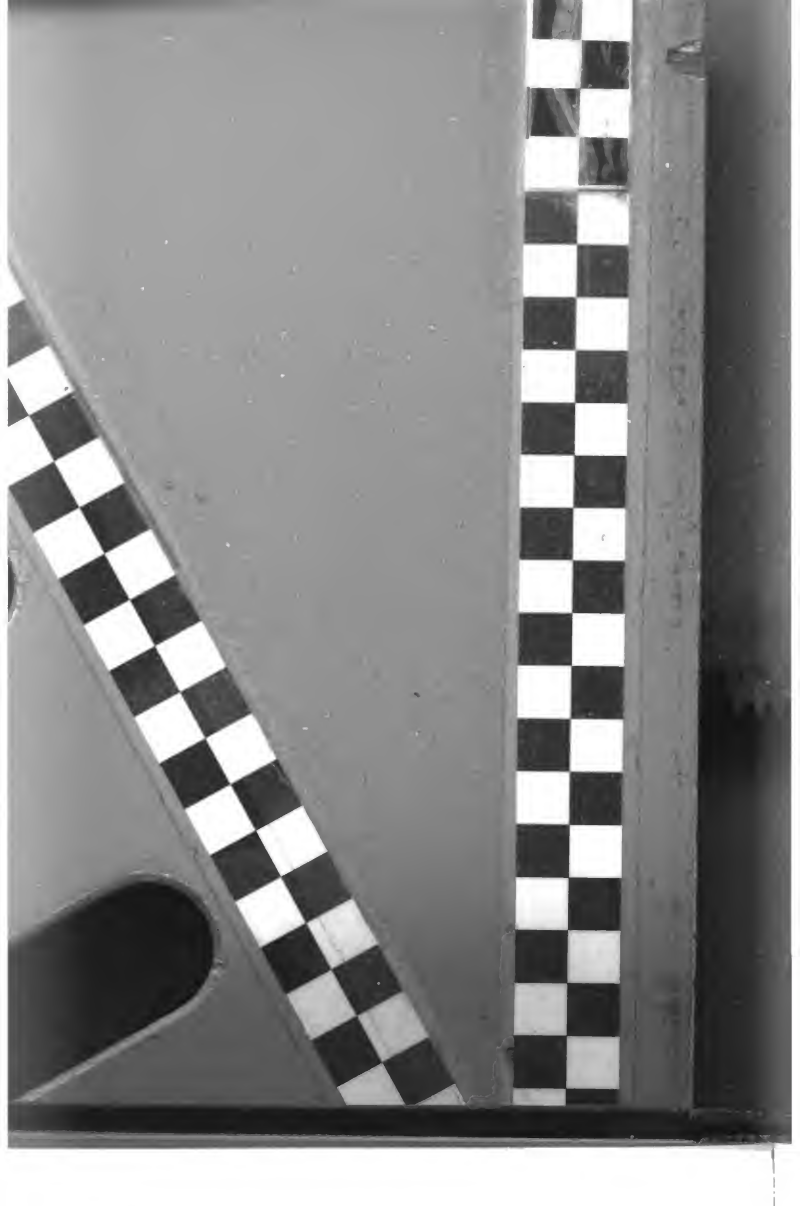
Besondere Vorschriften des Landesgrundbuchrechts betreffen die Beurkundung und Buchung von Eigentumsübergängen.

---

14) Vgl. Nr. 22 Geschäftsanw. Nach Nr. 24 soll bei Eintragungen in dieser Abteilung gemäß § 874 B.G.B. zur Raumersparnis auf die Eintragungsbewilligung verwiesen werden.

15) *Reallastrenten* sind hier zu buchen, *Rentenschulden*, wozu auch die *Rentepoften* des alten Rechts gehören, in der dritten Abteilung. Vgl. Nr. 23 Geschäftsanw. Bez. der Renten s. § 102.

16) Vgl. Nr. 25—29 Geschäftsanw.



I. Nach dem Gesetz vom 1. März 1882 betr. die Immobilienabgabe[1] wird bei Eigentumsveränderung von Grundstücken diese Abgabe erhoben; als Eigentumsveränderung gilt in dieser Beziehung nicht nur jede Umschreibung im Grundbuch, sondern jeder Rechtsvorgang, durch welchen das Recht auf die Zuschreibung eines Grundstücks oder auf die Übertragung der dem bisherigen Eigentümer zustehenden Rechte an dem Grundstücke erworben wird.[2] Nach § 24 dieses Gesetzes darf die Umschreibung oder neue Eintragung eines Grundstücks im Grundbuch erst geschehen, nachdem dem Hypothekenamt die Quittung über die geschehene Entrichtung der Abgabe oder die Bescheinigung der Abgabenfreiheit der beabsichtigten Zuschreibung (Freischein) vorgelegt worden ist. Vor Erteilung der Quittung oder des Freischeins ist der Nachweis zu erbringen, daß die Grundsteuer, die Wasserbeiträge und Feuerkassenzulagen für das Grundstück berichtigt sind.

Es ist sehr streitig, ob die Vorschrift des § 24 durch das neue Reichsrecht beseitigt worden ist. Man weist namentlich darauf hin, daß weder das B.G.B. mit dem E.G., noch die G.B.O. einen Vorbehalt enthält, nach welchem die Umschreibung eines Grundstücks von Zahlung von Abgaben abhängig gemacht werden könnte.[3]

Das O.L.G. hat in einem Gutachten den Fortbestand des § 24 angenommen und auf Art. 119 Abs. 1 E.G. z. B.G.B. gestützt,[4] wonach die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben, welche die Veräußerung eines Grundstücks beschränken. Es hat infolgedessen für diejenigen Fälle des Eigentumsübergangs, in denen eine Veräußerungsbeschränkung nicht als vorliegend erachtet werden kann, z. B. bei Erbgang[5] und Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren[6] die Anwendbarkeit des § 24 für unzulässig erklärt.

---

1) Vgl. Wulff I S. 261.

2) Vgl. § 1 des Ges.

3) Vgl. Wulff I S. 270 Anm. 4, Beibl. 1901 Nr. 211, wo in einer Entscheidung des L.G. v. 28. Sept. 1901 die Bestimmung des § 24 zwar als formell zulässig, aber durch das Inkrafttreten des B.G.B. derogiert angesehen wird, sowie Zentralbl. für freiw. Ger. Bd. 1 S. 552 Nr. 341 betr. einer ähnlichen Vorschrift des sächsischen Rechts, welche Eintragungen auf Grund einer Auflassung davon abhängig macht, daß ein zur Deckung der Gerichtskosten ausreichender Vorschuß bestellt und überdies die Bezahlung der auf die Besitzveränderung gelegten Gemeindeabgaben nachgewiesen wird. Vgl. hierzu auch Kloß S. 111, sowie Entsch. des R.G. Bd. 55 S. 340, wo die sächsische Vorschrift stillschweigend als rechtsbeständig anerkannt wird.

4) Vgl. Beibl. 1903 Nr. 66; Amtsger.Samml. 1903 S. 2 f.

5) Vgl. Amtsger.Samml. 1903 S. 5.

6) Vgl. Amtsger.Samml. 1903 S. 7. A. M. Beibl. 1903 Nr. 66.

Die fortdauernde Geltung des § 24 ist im ganzen Umfange dieser Vorschrift anzunehmen. Allerdings ist diese Geltung nicht auf Art. 119 E.G. z. B.G.B. zu stützen,[7] da § 24 überhaupt keine materiellrechtliche Vorschrift enthält und das Recht der Veräußerung, d. h. der Übertragung des Eigentums, selbst gar nicht beschränkt. Das Eigentum ging auch nach dem früheren Recht über, einerlei, ob der Hypothekenbeamte die Vorschrift des § 24 beachtet hatte oder nicht. Vielmehr stellt sich die Vorschrift des § 24 als eine Anweisung an den mit der Führung des Grundbuchs beauftragten Beamten dar, die Umschreibung nicht früher vorzunehmen, als bis ihm Quittung oder Freischein vorgelegt ist. Dies war nach früherem Recht eine das Verfahren betreffende Vorschrift, die im öffentlichen Recht, dem Steuerrecht, ihren Ursprung hat und als eine öffentlichrechtliche Bestimmung anzusehen ist. Als solche ist sie aufrechterhalten geblieben (Art. 55 E.G. z. B.G.B.).

Demnach besteht die Vorschrift im Umfange des alten Rechts fort, sie gilt für jede Eintragung eines Eigentümers, sei es auf Grund einer Auflassung oder im Wege der Berichtigung des Grundbuches. Vor jeder Eintragung eines Eigentümers ist die Quittung über die bezahlte Immobilienabgabe oder der Freischein dem Grundbuchamt vorzulegen.[8]

II. Wird bei einem Vertrage betr. die Übertragung eines Hamburgischen Grundstücks einer der Kontrahenten durch eine öffentliche Behörde vertreten, so kann der Vertrag außer von dem Notar auch von dem von der betreffenden oder der vorgesetzten Behörde zuständigerweise hierzu bestimmten Beamten beurkundet werden[9] (§ 11 Hamb. F.G.G.).

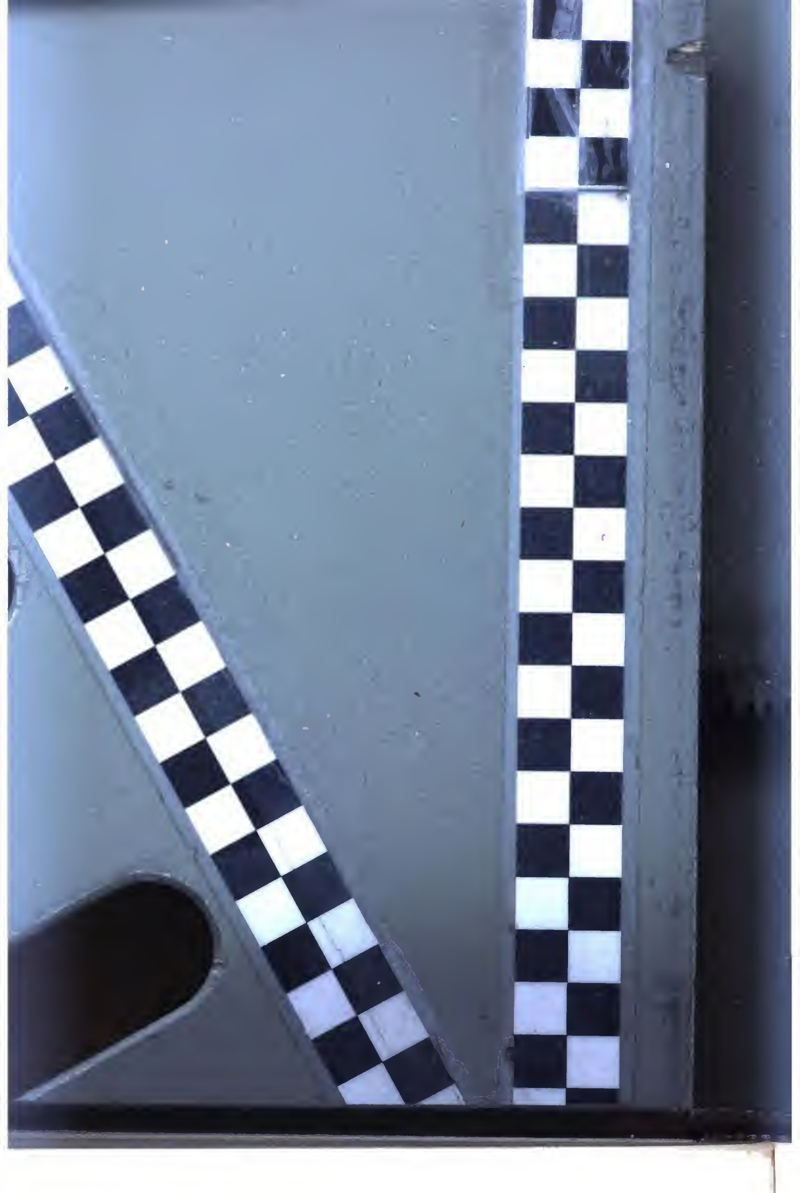
1. Hierdurch hat Hamburg von dem Vorbehalt des Art. 142 E.G. z. B.G.B. Gebrauch gemacht, doch beschränkt sich die Befugnis nach Hamburgischem Recht bloß auf die Beurkundung des Vertrages nach § 313 B.G.B., nicht auch auf die Beurkundung von Erklärungen des im § 873 Abs. 2 B.G.B. aufgeführten Inhalts.

---

7) Wenn man den Art. 119 Ziff. 1 E.G. z. B.G.B. in seiner Anwendung so weit ausdehnen will, so würde dem Landesrecht die Befugnis zustehen, die Umschreibung im Grundbuch von jeder beliebigen Voraussetzung abhängig zu machen. Das gibt auch das O.L.G. in seinem Gutachten zu, glaubt aber, die Erwägung, daß die Landesgesetzgebung eine verständige sein werde, breche diesem Bedenken die Spitze ab.

8) So auch L.G. in den Entsch. v. 26. und 27. Nov. 1902 (Amtsger. Samml. 1903 S. 1, 5).

9) Die Beurkundung des Vertrages muß durch einen anderen Beamten erfolgen, als durch denjenigen, welcher die Behörde als vertragsschließende Partei vertritt. Denn die Partei als solche kann nicht als Urkundsperson fungieren. S. auch Kisch S. 459.



2. Die Behörde braucht keine Hamburgische zu sein, es kann eine auswärtige Behörde sein. Sowohl staatliche als kommunale und kirchliche Behörden fallen hierunter.

Es ist gleichgültig, ob die Behörde der erwerbende oder der veräußernde Vertragsteil ist. Stehen auf beiden Seiten öffentliche Behörden, so ist jede zur Beurkundung berufen.

3. Die Form ist für die Beurkundungen der Verwaltungsbehörden im wesentlichen diejenige, wie sie für öffentliche Urkunden vorgeschrieben ist. S. § 32 I.

III. Bez. der Mitteilung der in das Grundbuch eingetragenen Eigentumsveränderungen an die Behörden vgl. S. 386.

§ 71. Die Haftung für Versehen in Grundbuchsachen.

I. Das Reichsrecht statuiert eine Haftung des Staates für Versehen seiner Grundbuchbeamten.[1]

1. Verletzt ein solcher Beamter[2] vorsätzlich oder fahrlässig die ihm obliegende Amtspflicht, so haftet für den Schaden der Staat. Das Recht des Staates, von dem Beamten Ersatz zu verlangen, bleibt unberührt (§ 12 G.B.O.).

2. Das Regreßrecht des Staates gegen den Beamten ist in Hamburg dahin geregelt, daß regreßpflichtig derjenige Richter oder Gerichtsschreiber ist, welcher vorsätzlich oder grobfahrlässig seine Amtspflicht als Grundbuchbeamter verletzt (§ 34 A.G. z. G.B.O.).[3]

a) Dem Beamten muß Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fallen. Der Begriff der groben Fahrlässigkeit ist im B.G.B. nicht besonders definiert. Er erfordert eine besonders schwere Verletzung der schuldigen Sorgfalt.[4] Im

---

1) Nach dem alten Recht (§ 47 Ges. v. 4. Dez. 1868) haftete der Staat subsidiär für den durch Pflichtverletzung oder Vernachlässigung seitens der Hypothekenbeamten verursachten Schaden, d. h. falls der verurteilte Beamte den Verletzten zu befriedigen nicht imstande war.

2) Dazu gehören auch die Richter der Beschwerdeinstanzen. Vgl. Dernburg III S. 106 Anm. 1, Rassow-Küntzel 42 S. 825; Predari, G.B.O. S. 97; Wulff III S. 274 Anm. 3; a. M. Melchior, G.B.O. S. 19.

3) Der Staat kann, wenn er belangt wird, dem betr. Grundbuchbeamten den Streit verkünden, oder wenn ihm der Streit verkündet wird, eine weitere Streitverkündung an den Beamten vornehmen.

4) Vgl. Planck 2. Aufl. I S. 37.

Falle leichter Fahrlässigkeit haftet der Staat ebenfalls, doch hat er dann keinen Regreß gegen den Beamten.

b) Der Beamte muß eine Amtspflicht verletzt haben, ohne daß es darauf ankommt, ob ihm diese Amtspflicht Dritten gegenüber obliegt. Es genügt eine Verletzung von Ordnungsvorschriften.[5]

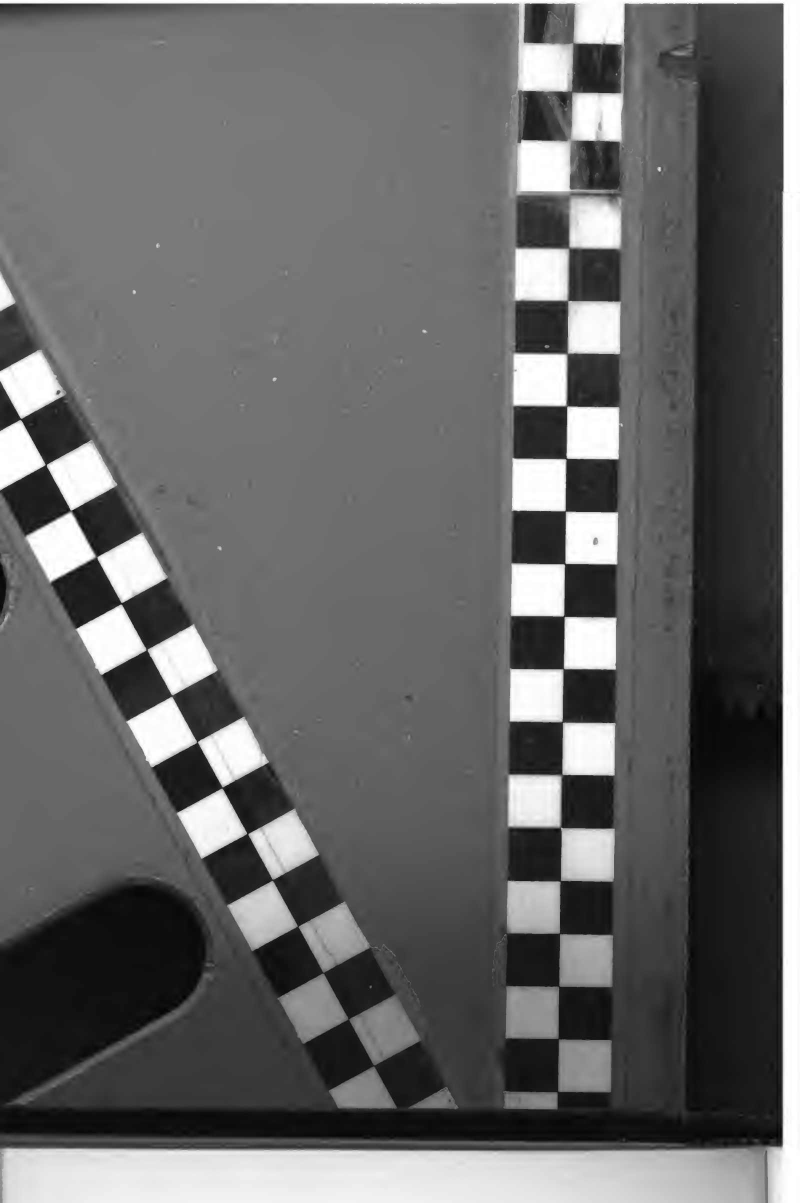
c) Der Beamte muß den Schaden in demjenigen Umfange ersetzen, in welchem der Staat für denselben verantwortlich ist, und den Schaden auch tatsächlich dem durch die rechtswidrige Handlung Betroffenen ersetzt hat.

II. Infolge der Erklärung der Hauptbücher des Stadthypothekenbureaus zu Grundbüchern neuen Rechts kann es vorkommen, daß Rechte, welche im Hauptbuch nicht enthalten sind, während sie im Erbe- und Rentebuch eingetragen sind, durch eine Eintragung zugunsten eines gutgläubigen Erwerbers verloren gehen. Oder es ist auch möglich, daß in sonstiger Weise der Inhalt des zum Grundbuch erklärten Hauptbuches mit der aus den Erbe- und Rentebüchern ersichtlichen Rechtslage nicht im Einklange steht, indem z. B. im Hauptbuche auf eine Eintragung im Erbe- und Rentebuch Bezug genommen ist, während letztere Eintragung nicht mit derjenigen im Hauptbuche übereinstimmt.[6] In solchem Falle haftet der Staat dem Verletzten für den Schaden ohne Rücksicht auf das Verschulden eines Beamten (§ 13 A.G. z. G.B.O.). Die Haftung des Staates ist aber nur subsidiär, sie ist an die Voraussetzung geknüpft, daß der Verletzte nicht auf andere Weise, z. B. durch die Berichtigung des Grundbuchs, Ersatz zu verlangen vermag. Der Staat kann auch verlangen, daß der Verletzte zuerst einen ihm etwa zustehenden Ersatzanspruch gegen den Beamten oder gegen einen bereicherten Dritten geltend macht.

III. In ähnlicher Weise haftet der Staat für den bei der Neuanlegung der Grundbuchbücher entstandenen Schaden[7] (§ 14 Abs. 4 A.G. z. G.B.O.).

a) Voraussetzung der Ersatzpflicht ist, daß ein Recht bei der Neuanlegung nicht auf das neue Grundbuchblatt übertragen und dadurch gelöscht ist.

5) Vgl. Denkschrift zur G.B.O. S. 34; Predari, G.B.O. S. 99; Melchior, G.B.O. S. 19; Rassow-Küntzel 42 S. 824; Wulff III S. 274 Anm. 3.
6) Vgl. S. 383.
7) Vgl. S. 382.



b) Gleichgültig ist, ob einem Beamten eine Verletzung seiner Amtspflicht zur Last fällt.

c) Die Haftpflicht des Staates ist bloß subsidiär, sie tritt nur ein, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise, insbesondere durch rechtzeitige Beantragung der Berichtigung des Grundbuchs, Ersatz zu verlangen vermag (s. unter II).[8]

d) Die Ersatzpflicht des Staates tritt ferner nicht ein, wenn der Geschädigte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Einlegung eines Rechtsmittels abzuwenden. Doch muß der Schaden durch das Rechtsmittel überhaupt abzuwenden gewesen sein.

IV. Der Anspruch auf Ersatz eines Schadens gegen den Staat verjährt in den Fällen II und III in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt hat, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in dreißig Jahren von der Begehung der zum Ersatz verpflichtenden Handlung an (§§ 35 A.G. z. G.B.O., 852 Abs. 1 B.G.B.).

Dritter Abschnitt.

Das Eigentum.

Erstes Kapitel.

Inhalt und Umfang des Eigentums.

§ 72. Übersicht.

I. Das Eigentum enthält nach dem B.G.B. grundsätzlich die unbeschränkte Herrschaft der Person über die Sache, d. h. der Eigentümer kann mit der Sache nach Belieben verfahren und Andere von jeder Einwirkung ausschließen. Hierin stimmt das frühere gemeine Recht mit dem neuen Recht wesentlich überein. Doch haben sich bis in die neueste Zeit im gemeinen Recht Ansichten erhalten, welche die Möglichkeit einer Teilung der im Eigentum enthaltenen Befugnisse unter verschiedene Personen anerkannten, dergestalt, daß der einen das sog. Obereigentum, der andern das sog. Nutzeigentum (dominium directum — dominium utile) zustand. Auf dem Gebiet des Vorbehaltsrechts ist eine solche Charakterisierung des Eigentumsbegriffs, soweit sie an sich begründet

8) Vgl. hierzu Melchior, Ausführungsges. S. 62.

ist, auch heute noch zulässig. Dies hat für Hamburg Bedeutung für die spärlichen Reste des Erbpachtrechts, die sich z. B. im Kämmereikontrakt erhalten haben.[1] Sodann ist es aber dem Landesrecht gestattet, auf dem Vorbehaltsgebiet den Eigentumsbegriff besonders zu fassen. Dies ist in Hamburg hinsichtlich des Deicheigentums geschehen, dessen Inhalt in dem § 51 A.G. z. B.G.B. genau normiert ist. Vgl. § 95 V.

II. Zahlreiche Vorschriften beschränken das Recht des Eigentümers teils im öffentlichen, teils im Interesse von Privaten. Manche davon sind im Reichsrecht enthalten;[2] insofern gehören sie nicht hierher. Nach dieser Richtung bestehen aber zahlreiche Vorbehalte zugunsten der Landesgesetzgebung, welche teils dem Grundsatz entspringen, daß das öffentliche Recht vom B.G.B. nicht berührt wird, teils im B.G.B.[3] oder E.G. z. B.G.B. besonders hervorgehoben sind, und zwar wesentlich deshalb, weil sie mit dem öffentlichen Recht gewisse Berührungspunkte besitzen. Gehören die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen auch eigentlich nicht in das Privatrecht, so interessieren sie doch insofern, als sie die Grenzen des Privatrechts gegenüber der öffentlichen Gewalt feststellen.

Im einzelnen lassen sich die Eigentumsbeschränkungen des Hamburgischen Landesrechts in folgende Gruppen zusammenfassen:

1. Das Recht des Eigentümers hinsichtlich der freien Verfügung über sein Grundstück kann in bezug auf die Teilung, wie auf die Zusammenlegung mit anderen Grundstücken beschränkt sein (§§ 73, 75), womit die Regelung der Lasten des Grundstücks im Falle der Teilung und das Verfahren betr. Ausstellung des Unschädlichkeitszeugnisses (§ 74) im Zusammenhange steht.

2. Eine wichtige Eigentumsbeschränkung bezieht sich ferner auf das Recht des Eigentümers, auf seinem Grundstück zu bauen. Diese Beschränkung beruht teils auf dem allgemeinen baupolizeilichen, teils auf dem Interesse der Wohnungspflege (§§ 76, 77).

3. Weiter kann das Recht des Eigentümers beschränkt sein durch das Verhältnis seines Grundstücks zum öffentlichen Grunde (§ 78). Den hieraus entspringenden Beschränkungen ent-

---

1) Vgl. §§ 60 Anm. 11, 79.

2) Vgl. z. B. §§ 904—924 B.G.B., Reichsges. v. 21. Dez. 1871 betr. die Beschränkungen des Grundeigentums in der Umgebung von Festungen, Reichsges. v. 13. Febr. 1875 betr. die Naturalleistungen für die bewaffnete Macht im Frieden; Dernburg III S. 235.

3) Vgl. z. B. § 919 B.G.B.

sprechen gewisse Berechtigungen, die dem Eigentümer des Privatgrundstücks an dem öffentlichen Grunde eingeräumt sind oder eingeräumt werden können.

Im Anschluß hieran wird das Rechtsverhältnis des Grundeigentümers erörtert werden, welcher auf Grund eines sog. Kämmereikontraktes sein Grundstück erworben hat (§ 79).

4. Das Recht des Eigentümers eines Grundstücks kann mit gesetzlichen Beschränkungen zugunsten der Nachbarn belastet sein (§ 80).

5. Weiter kann das Recht des Eigentümers eines Grundstücks beschränkt sein hinsichtlich der Gewinnung von unter der Oberfläche befindlichen Mineralien usw. Es kann fraglich sein, in welchem Zusammenhange diese bergrechtlichen Vorschriften zu behandeln sind. Die Fassung des Hamburgischen Berggesetzes vom 25. Juni 1906 läßt es geboten erscheinen, sie als eine Beschränkung des Rechts des Grundeigentümers aufzufassen (§ 81).

6. Endlich kann das Recht des Eigentümers dadurch beschränkt sein, daß der Eigentümer verpflichtet ist, sein Grundstück im Enteignungsverfahren ganz oder teilweise abzutreten (§ 82).

§ 73. Die Teilungsbeschränkungen.

I. Nach Art. 119 Abs. 2 E.G. z. B.G.B. sind die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt geblieben, welche die Teilung eines Grundstücks oder die getrennte Veräußerung von Grundstücken, die bisher zusammen bewirtschaftet worden sind, untersagen oder beschränken. Hamburg hat von diesem Vorbehalt Gebrauch gemacht und besondere Vorschriften über die Teilung von Grundstücken aufgestellt.[1]

II. Unter Teilung versteht das Gesetz die Abschreibung einer oder mehrerer Flächen von einer im Grundbuche unter einer gewissen Nummer vorgetragenen Grundfläche[2] und die Buchung der abgeschriebenen Flächen als besondere Grundstücke. Die Teilung muß also grundbuchmäßige Wirkung haben, es darf sich nicht um eine

---

1) Vgl. §§ 30—34 A.G. z. B.G.B.. Dieselben sind am 1. Februar 1900 in Kraft getreten.

2) Diese Vorschriften kommen aber nur bei Teilung von Privatgrundstücken, nicht auch bei Teilung des öffentlichen Grundes zur Anwendung (Beibl. 1901 Nr. 213). Die Abschreibung eines ideellen Anteils am Grundstück ist nicht zulässig (Amtsger.Samml. 1902 S. 64).

bloß tatsächliche Trennung handeln, welche die hypothekarische Belastung gar nicht berührt.[3]

Gleichgültig ist es, ob die abgeschriebenen Flächen ein selbständiges oder ein mit dem Stammgrundstück gemeinschaftliches Grundbuchblatt erhalten, ob sie einem andern Grundstück als Bestandteil zugeschrieben werden, oder ob überhaupt ein Eigentumswechsel eintritt.[4]

III. Die Teilung läßt an sich die hypothekarische Belastung unberührt, es entstehen Gesamthypotheken. Um dies zu verhindern, erklärt § 30 A.G. z. B.G.B. die Teilung nur für zulässig,[5] wenn

1. das Grundstück mit Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden,[6] Reallasten[7] und Rentenposten[8] nicht belastet ist, oder

2. der abzuschreibende Teil infolge Zustimmung der Beteiligten oder eines Unschädlichkeitszeugnisses von den unter 1 erwähnten Belastungen befreit wird, oder

3. die Senatskommission für die Justizverwaltung die Genehmigung erteilt, weil von der Teilung ein Nachteil für die Beteiligten nicht zu erwarten ist.[9] Beteiligte sind die dinglich Berechtigten, sowie die auf Grund § 876 B.G.B. Berechtigten.

IV. Zu den vorstehend genannten Voraussetzungen für die Teilung treten noch weitere hinzu, welche für den Geltungsbereich des Baupolizeigesetzes[10] und das übrige Staatsgebiet verschieden normiert sind.

---

3) Vgl. Beibl. 1890 S. 248.

4) Vgl. Melchior, Ausführungsges. S. 6.

5) Nach dem früheren Recht (§ 15 Ges. v. 4. Dez. 1868) war die Separation nur mit der Zustimmung der Hypothekengläubiger gestattet und befreite alsdann die Separation den abgetrennten Teil von der bisherigen Belastung.

6) Über die Umwandlung der alten Kapitalposten in Hypotheken, Grundschulden oder Rentenschulden s. §§ 104 ff.

7) Vgl. § 100.

8) Vgl. § 102.

9) Die Erteilung der Genehmigung steht im freien Ermessen der Senatskommission. Gegen die Verweigerung ist wie gegen jede Entscheidung der Senatskommission Beschwerde an den Senat zulässig; a. M. Melchior, Ausführungsges. S. 7. Das Grundbuchamt hat nicht nachzuprüfen, ob im einzelnen Fall ein Nachteil für die Beteiligten zu befürchten ist.

10) Das Baupolizeigesetz v. 23. Juni 1882 gilt in der Stadt Hamburg, der Vorstadt St. Pauli und den ehemaligen Vororten. Vgl. § 1 des Ges. (Wulff II S. 64) und die Ausdehnungsges. v. 15. Okt. 1884 (Wulff II S. 130) und v. 22. Okt. 1900 (Wulff II S. 148).



1. Im Geltungsbereiche des Baupolizeigesetzes ist erforderlich

a) die Zustimmung der Baupolizeibehörde[11] (§ 31 A.G. z. B.G.B.).

Die Zustimmung muß regelmäßig erteilt werden. Sie darf nur versagt werden,[12] wenn durch die Teilung gegen Baubeschränkungen verstoßen würde. Solche Beschränkungen können beruhen auf:

α) den Bestimmungen der Gesetze,[13] insbesondere des Baupolizeigesetzes[14] und des Gesetzes betr. den Bebauungsplan;

β) den Bestimmungen annoch zu Recht bestehender[15] Verordnungen, z. B. der von der alten Klosterobrigkeit erlassenen Klosterlandbedingungen[16] oder der landherrlichen Verordnungen;

γ) Rechtsgeschäft. Sie können z. B. bei früheren Separationen, staatsseitigen Verkäufen usw. den Grundstücken auferlegt sein. Dagegen gehören solche Beschränkungen nicht hierher, welche im reinen Interesse von Privaten getroffen worden sind.[17]

Ist die Baupolizeibehörde in den vorstehenden Fällen befugt, die Zustimmung ganz zu versagen, so kann sie dieselbe auch an Bedingungen knüpfen, aber nur innerhalb des Rahmens, in dem sie die Zustimmung ganz versagen kann; sie kann nicht unzulässige Eigentumsbeschränkungen auflegen.[18] Das Grundbuchamt hat die Erfüllung der Bedingungen nachzuprüfen.

---

11) Laut Bek. der Baupolizeibehörde v. 27. März 1900 (Amtsbl. 1900 S. 371) ist der Antrag auf einem Formular einzureichen und sind demselben beizulegen ein Grundbuchauszug und ein vom Vermessungsbureau angefertigter Abschreibungsriß nebst Kopie.

12) Gegen eine zu Unrecht erfolgte Versagung kann Beschwerde nach § 9 Baupolizeiges. oder Klage auf Erteilung der Zustimmung nach §§ 24 ff. Verhältnisges. erhoben werden.

13) Außer dem Baupolizeiges. und seinen Novellen kommt hier besonders noch in Betracht das Bebauungsplanges. v. 30. Dez. 1892.

14) Nach § 20 Baupolizeiges. ist bei bebauten Grundstücken die Separation nur zulässig, wenn die an den Trennungslinien liegenden Gebäude an diesen mit eigenen Umfassungswänden versehen sind oder versehen werden.

15) Diese Verordnungen müssen beim Inkrafttreten des Gesetzes schon bestanden haben.

16) Der Staat hat sich als Rechtsnachfolger des Klosters St. Johannis damit einverstanden erklärt, daß die allgemeinen Klosterlandbedingungen in die neuen Grundbücher nicht aufgenommen wurden. S. im einzelnen über die Klosterlandbedingungen § 98 Anm.

17) Vgl. Wulff III S. 17 Anm. 3.

18) Vgl. hierüber die einzelnen Fälle bei Wulff III S. 16 Anm. 10 (auf S. 17).

b) die Zustimmung[19] der Finanzdeputation, wenn das Grundstück an einer öffentlichen[20] oder privaten Straße liegt, und im ersteren Falle durch die Teilung eine Verringerung der Straßenbreite des Grundstücks eintritt[21] (§ 32 A.G. z. B.G.B.). Die Zustimmung ist nur dann nicht erforderlich, wenn die Grundstücke an einer öffentlichen Straße liegen und nach der Teilung jedes eine Straßenfront von mindestens 4 m behält.[22] Die Erteilung der Genehmigung steht im freien Ermessen der Finanzdeputation.

2. Im übrigen Staatsgebiet ist zur Teilung nur die Zustimmung[19] der Landherrnschaft erforderlich (§ 33 A.G. z. B.G.B.).

Die Landherrnschaft darf die Zustimmung nur in den unter a erwähnten Voraussetzungen und dann versagen,[23] wenn durch die Teilung öffentliche Interessen beeinträchtigt werden.

V. Deichpflichtige Grundstücke dürfen ohne Genehmigung der Deichbehörde, der Landherrnschaft, nicht geteilt werden. Diese Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn die Erfüllung der Deichlast durch Umfang und Wert mindestens eines der Teilungsstücke gesichert erscheint (§ 22 Deichordn. vom 4. März 1889).

VI. Auf Grund von § 96 G.B.O. ist verordnet worden, daß, wenn ein Teil eines Grundstückes von diesem abgeschrieben oder ohne Abschreibung mit einer Dienstbarkeit oder Reallast belastet werden soll, ein Grundriß bez. der Lage und der Grenzen des Grundstücksteils nicht beigebracht zu werden braucht.[24]

---

19) Das Gesetz sagt „Genehmigung", meint aber ebenso wie im § 31 „Zustimmung". Die Identität ergibt sich klar aus dem Wortlaut des § 33 A.G.

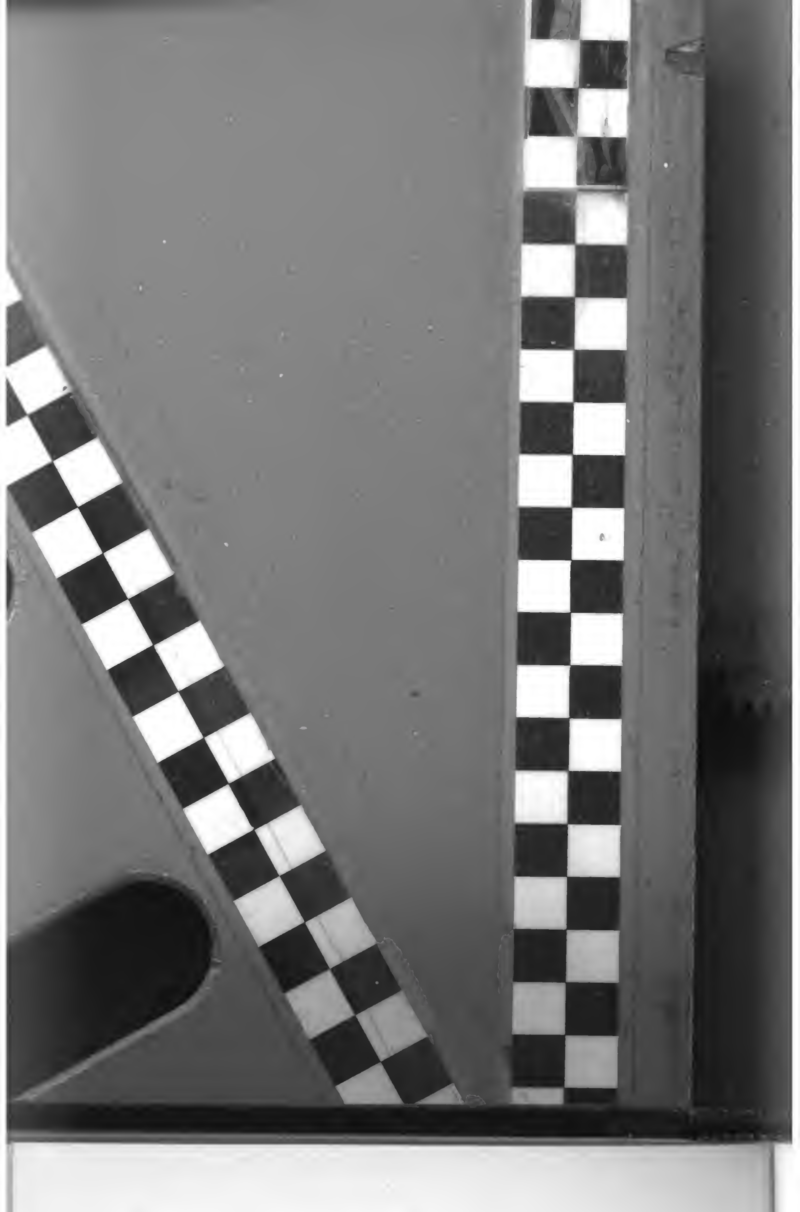
20) Der Begriff der öffentlichen Straße im Gegensatz zum öffentlichen Weg und zur Privatstraße ist hier definiert; danach ist öffentliche Straße die endgültig oder vorläufig festgestellte, vom Staat unterhaltene Straße. S. hierüber § 88.

21) Liegt das Grundstück an einer Privatstraße, so ist zur Teilung stets die Genehmigung der Finanzdeputation erforderlich, auch wenn durch die Teilung eine Frontverminderung nicht eintritt. Vgl. Melchior, Ausführungsges. S. 13; Wulff III S. 18 Anm. 3. A. M. Bitter, Ausführungsges. S. 16.

22) § 10 Ges. v. 4. Dez. 1868, welcher diese Frage früher regelte, ist ausdrücklich aufgehoben (§ 34 A.G. z. B.G.B.).

23) Auch hier ist im Falle ungerechtfertigter Versagung ein Beschwerde- und Klagerecht gegeben, doch unterliegt die Frage, ob öffentliche Interessen beeinträchtigt werden, nicht der Nachprüfung durch das Gericht.

24) Vgl. Nr. 6 Bek. v. 11. Dez. 1899.



VII. Wird die Abschreibung im Grundbuch entgegen diesen Vorschriften vorgenommen, so ist sie trotzdem wirksam gegenüber gutgläubigen Dritten.[25] Doch hat das Grundbuchamt dann das Grundbuch von Amts wegen zu berichtigen (§ 54 G.B.O.).[26]

§ 74. Das Unschädlichkeitszeugnis.

I. Privatrechtliche Lasten des Grundstücks bestehen bei Grundstücksteilungen regelmäßig an sämtlichen Teilen fort. Dies gilt insbesondere von Hypotheken, die sich bei Teilung des Grundstücks in Gesamthypotheken verwandeln.[1] Wenn nun auch § 1132 Abs. 2 B.G.B. dem Gläubiger das Recht gibt, die Last auf die Trennstücke zu verteilen, so ist dies häufig doch nicht möglich. Weiter ist es für den Grundstücksverkehr lästig, daß auch ein noch so kleiner Grundstücksteil ohne die Lasten nur mit Zustimmung aller eingetragenen Realberechtigten übertragen werden kann; häufig ist die Einholung dieser Zustimmung nicht möglich, die Abtrennung des Teils aber mit Rücksicht auf seine Geringfügigkeit den Interessen der Berechtigten nicht schädlich.

Deshalb hat Art. 120 Abs. 1 E.G. z. B.G.B. bestimmt, daß die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben, nach welchen im Falle der Veräußerung eines Grundstücksteiles dieser Teil von den dinglichen Lasten frei wird, wenn behördlich festgestellt wird, daß die Rechtsänderung für die Beteiligten unschädlich ist.

In Hamburg waren solche Vorschriften früher nicht bekannt. Sie haben sich hauptsächlich im preußischen Recht ausgebildet und sind ebenso wie von anderen Bundesstaaten auch von Hamburg durch die Ausführungsgesetzgebung zum B.G.B. (§§ 35 ff. A.G.) übernommen worden. Danach wird die für die lastenfreie Abschreibung erforderliche Zustimmung der eingetragenen Realberechtigten durch das Unschädlichkeitszeugnis ersetzt.

II. Demnach enthält das Unschädlichkeitszeugnis die Feststellung, daß die in Aussicht genommene Rechtsänderung für die eingetragenen Berech-

25) Vgl. Kloß S. 155.
26) Vgl. Melchior, Ausführungsges. S. 7.

1) Vgl. für Hypotheken usw. §§ 1132, 1192, 1199 B.G.B., für Reallasten §§ 1107, 1108 B.G.B., für Grunddienstbarkeiten kommt auch § 1026 B.G.B. in Betracht.

tigten unschädlich ist (§ 35 A.G. z. B.G.B.). Seine Erteilung hat die Wirkung, daß ein Grundstücksteil ohne Mitübertragung aller privatrechtlichen dinglichen Belastungen,[2] Dienstbarkeiten, Reallasten, Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden sowie der betr. Vermerkungen im Grundbuch abgeschrieben werden kann. Die Befreiung von den Lasten tritt nicht schon mit der Erteilung des Zeugnisses, sondern erst mit der Eintragung im Grundbuche ein.

III. Das Zeugnis wird von dem Amtsgericht, in dessen Bezirk das Grundstück belegen ist, erteilt. Das Verfahren betr. die Erteilung der Unschädlichkeitszeugnisse gehört nach dem Geschäftsplan des Amtsgerichts Hamburg zur Zuständigkeit des Grundbuchamts, doch ist dies keine Grundbuchsache im eigentlichen Sinne.[3] Das Verfahren ist ein solches der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die erforderlichen Ermittelungen hat das Amtsgericht von Amts wegen anzustellen.

IV. Voraussetzungen der Erteilung des Zeugnisses sind:

1. die noch nicht eingetragene[4] Veräußerung eines Grundstücksteils, wobei das Wort Teil in gewöhnlichem Sinne zu verstehen ist und nicht etwa auch ein mit dem Eigentum am Grundstücke verbundenes Recht umfaßt.[5] Unter Veräußerung ist jede rechtsgeschäftliche Überlassung zu Eigentum zu verstehen, mag sie gegen Entgelt oder unentgeltlich erfolgen.

2. ein Antrag des veräußernden Eigentümers. Für den Antrag ist eine Form nicht vorgeschrieben.

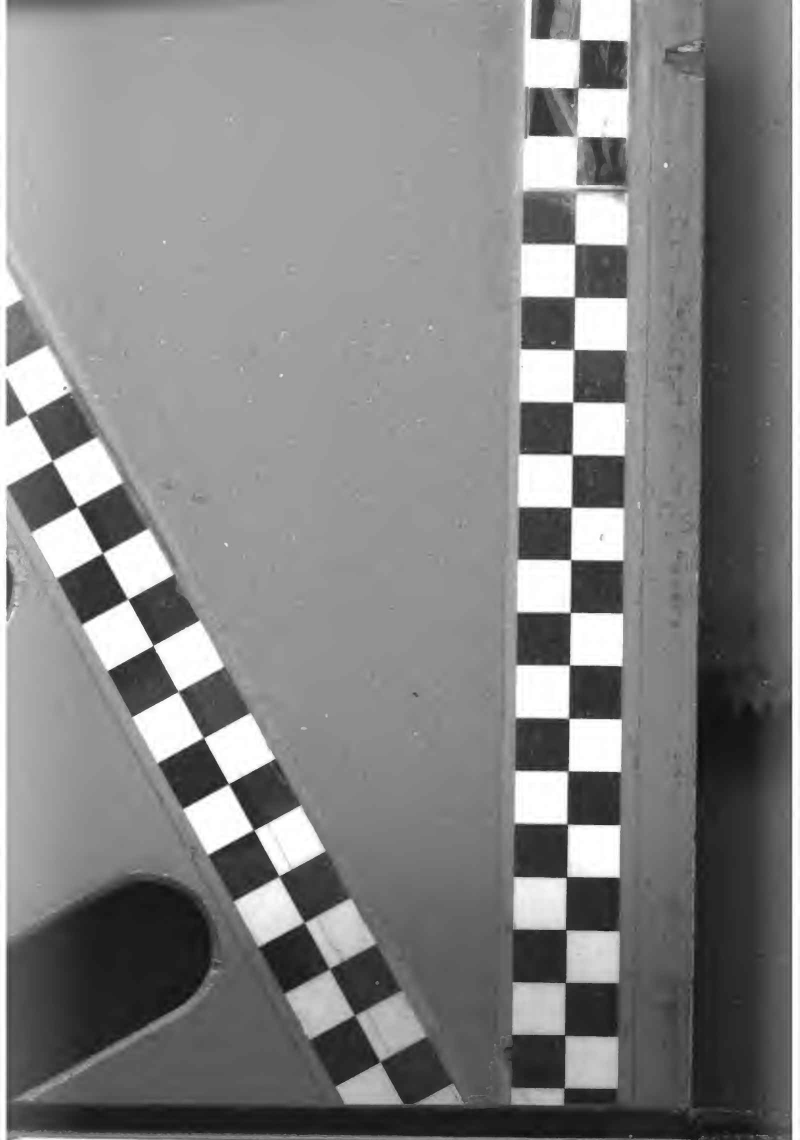
---

2) Hierunter fallen auch nichteingetragene Dienstbarkeiten, Erbbau- und Vorkaufsrechte. (Wulff III S. 19 Anm. 4.) A. M. Melchior (Ausführungsges. S. 17), welcher die Wirkungen des Unschädlichkeitszeugnisses lediglich auf Reallasten, Hypotheken, Grund- und Rentenschulden sowie die Rentenposten des alten Rechts beschränkt, indem er dies aus dem Begriff des Unschädlichkeitszeugnisses ableitet. Dies ist aber nicht zutreffend, wie Art. 120 E.G. z. B.G.B. ergibt, der ganz allgemein von „Belastungen" spricht, von denen der Grundstücksteil befreit werden soll. Vgl. Planck VI zu Art. 120 Anm. 1 b. Daß das Hamburgische Gesetz den Begriff enger faßt als das Reichsrecht, ist nicht anzunehmen.

3) Vgl. § 64 IV 1. Nach § 1 Hamb. F.G.G. finden auf dies Verfahren die Vorschriften des Abschn. I des F.G.G. Anwendung.

4) Aus verschiedenen Wendungen, die das Gesetz braucht (z. B. in § 36: der „abzuschreibende" Teil), geht hervor, daß die Befreiung von den Lasten nur vor der Umschreibung stattfinden kann.

5) Vgl. Beibl. 1906 Nr. 70; Seuff. Arch. 61 S. 195; Amtsger.Samml. VI S. 143. Eine ausdehnende Auslegung erscheint nicht zulässig, wo es sich um eine teilweise Beendigung von Rechten durch die Entscheidung einer Behörde handelt.



3. die *Feststellung* (§ 36 A.G. z. B.G.B.), daß die *Entlastung für die Berechtigten unschädlich ist*. Es muß

a) der *abzuschreibende Teil* im Verhältnis zum Stammgrundstück *von geringem Wert und Umfang* sein, wobei auf alle den Sachwert bestimmenden Faktoren Rücksicht zu nehmen und insbesondere zu prüfen ist, ob die wirtschaftliche Verwendbarkeit des Grundstücks durch die Abschreibung wesentlich beeinträchtigt wird;[6]

b) durch die Abschreibung *die Sicherheit* derjenigen eingetragenen *Berechtigten nicht beeinträchtigt werden*, welche in die lastenfreie Abschreibung nicht eingewilligt haben. Diese Feststellung kann einzelnen Berechtigten, z. B. einem Rentengläubiger, gegenüber getroffen werden, wenn dessen Zustimmung zur Abschreibung fehlt und durch das Zeugnis ersetzt werden soll.[6]

Soweit die durch die Abschreibung eintretende Wertminderung den Betrag von 150 Mk. nicht übersteigt, hat das Gericht nach freiem Ermessen darüber zu entscheiden, ob eine Beeinträchtigung der Sicherheit vorliegt. In den übrigen Fällen ist dies nur dann anzunehmen, wenn die durch die Abschreibung eintretende *Wertminderung* besonders *ausgeglichen wird* (§§ 37, 38 A.G.). Eine *Ausgleichung* ist in folgenden Fällen als vorliegend *anzunehmen*:

α) wenn an Stelle des abzuschreibenden Teils ein *anderes* gleichwertiges *Grundstück* dem Stammgrundstück als *Bestandteil* zugeschrieben wird.[7] Eine bloße Vereinigung des Grundstücks mit dem Stammgrundstück genügt nicht;

β) wenn ein der Wertminderung *entsprechender Betrag* der vorhergehenden *Belastungen gelöscht wird*, so daß die nacheingetragenen Berechtigten entsprechend vorrücken;

γ) wenn die Abschreibung des Teils auf Antrag eines Berechtigten, d. h. eines, zu dessen Gunsten ein Recht im Grundbuche eingetragen ist, von der *Hinterlegung* eines zur Ausgleichung der Wertminderung *erforderlichen* gerichtlich festzusetzenden *Geldbetrages* unter Verzicht auf das Recht zur Rücknahme abhängig gemacht wird.

---

6) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 9; auch Amtsger.Samml. 1906 S. 81. Nach der Entsch. in Amtsger.Samml. VI S. 270 liegt diese Voraussetzung nicht vor, wenn der abzutretende Grundstücksteil ungefähr 1/7 der Fläche des Gesamtgrundstücks ausmacht.

7) Vgl. *Wulff* III S. 20 Anm. 3. *Melchior* (Ausführungsges. S. 20) will diesen Fall nicht auf die Befreiung von Reallasten und alten Renten anwenden; doch widerspricht eine solche Einschränkung dem Wortlaut des Gesetzes.

V. Über den Inhalt des Beschlusses, welcher die Unschädlichkeit feststellt, sind im Gesetz einzelne Vorschriften nicht gegeben worden. Er muß aber jedenfalls eine genaue Bezeichnung des Trennstücks und, soweit tunlich, eine Angabe der wegfallenden Lasten enthalten; soweit letztere im Grundbuche eingetragen sind, ist dies möglich. Sodann aber müssen die etwaigen Bedingungen, unter denen die Entlastung eintritt, im Beschluß angegeben werden.

Der Beschluß ist dem Eigentümer und den eingetragenen Berechtigten, soweit ihnen gegenüber die Unschädlichkeit festgestellt wird, zuzustellen.[8] Auf diese Zustellung sind die Vorschriften über die Zustellungen im Verfahren der Zwangsversteigerung (§§ 3—8 Z.V.G.) für anwendbar erklärt worden; für die Erstattung der Auslagen eines Zustellungsvertreters haftet der Antragsteller.

Der die Unschädlichkeit feststellende Beschluß ist mit der sofortigen Beschwerde nach den Vorschriften des F.G.G. (§ 22) anfechtbar und wird erst mit der Rechtskraft wirksam (§§ 39 Abs. 1, 40 A.G. z. B.G.B.). Der den Antrag zurückweisende Beschluß ist mit der einfachen Beschwerde anfechtbar.

VI. Die lastenfreie Abschreibung[9] erfolgt erst nach Rechtskraft des Beschlusses.

1. Ist die Abschreibung von der Hinterlegung eines Betrages abhängig gemacht, so muß der Antrag auf Hinterlegung binnen zwei Wochen nach Rechtskraft gestellt sein, worauf die Berechtigten bei der Zustellung des Beschlusses ausdrücklich hinzuweisen sind (§ 39 Abs. 2 A.G. z. B.G.B.). Ist der Antrag binnen dieser Frist nicht gestellt worden, so kann die Abschreibung ohne weiteres erfolgen. Durch Ablauf der Frist geht das Recht der Berechtigten, die Hinterlegung zu verlangen, verloren. Ist der Antrag rechtzeitig gestellt, so kann die Abschreibung erst nach stattgehabter Hinterlegung erfolgen.

2. Ein hinterlegter Betrag ist auf Antrag des Eigentümers des Stammgrundstücks oder eines derjenigen, welche die Hinterlegung beantragt haben, wie ein Erlös im Zwangs=

---

8) Vgl. Amtsger.Samml. 1901 S. 22.

9) Zur Befreiung des Grundstücksteils von den Lasten ist die Vorlegung des Hypotheken= usw. Briefes, sowie der etwaigen sonstigen Urkunden nicht erforderlich, doch hat das Grundbuchamt nach Möglichkeit die Briefe einzuziehen und die Befreiung auf denselben zu vermerken (§ 41 A.G. z. B.G.B.). Vgl. hierzu Wulff III S. 22 Anm. 2.

versteigerungsverfahren zu verteilen.[10] Er tritt dann an die Stelle des Trennstücks. Die Verteilung erfolgt durch die Hinterlegungsstelle, welche bei dem Grundbuchamt die Löschung der betr. Rechte zu veranlassen hat (§ 42 A.G. z. B.G.B.).

Der Betrag kann auch mit Zustimmung aller Berechtigten, welche den Antrag auf Hinterlegung gestellt haben, zurückgezahlt werden. Die Zurückzahlung erfolgt auf Anordnung des Amtsgerichts an den Hinterleger.

VII. Art. 120 Abs. 2 E.G. z. B.G.B. enthält verschiedene Vorbehalte zugunsten der Landesgesetzgebung, nach denen im Falle der Teilung eines mit einer Reallast belasteten Grundstücks die Reallast auf die einzelnen Teile des Grundstücks verteilt wird, ferner im Falle der Aufhebung eines einem Grundstück an einem andern Grundstück zustehenden Rechtes die Zustimmung derjenigen nicht erforderlich ist, zu deren Gunsten das Grundstück des Berechtigten belastet ist, und endlich bei der Feuerversicherung von Grundstücken der Anspruch auf die Versicherungssumme von dem einem Dritten an dem Anspruch zustehenden Rechte befreit wird.

Hamburg hat von diesen Vorbehalten einen Gebrauch nicht gemacht.

§ 75. Die Zusammenlegung der Grundstücke.

I. Nach Art. 113 E.G. z. B.G.B. bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zusammenlegung von Grundstücken, sowie die Vorschriften, welche sich auf ein Verfahren dieser Art und den Erwerb des Eigentums an den Grundstücken, sowie auf die Berichtigung des Grundbuches beziehen.

Hamburg besitzt eine agrarrechtliche Verkoppelungsgesetzgebung nicht, wohl aber kommen hier die Vorschriften des § 9 des Gesetzes vom 30. Dezember 1892[1] betr. den Bebauungsplan für die Vororte auf dem rechten Elbufer in Betracht, welche durch Nr. 4 Gesetz vom 22. Oktober 1900[2] auf das Landgebiet ausgedehnt worden sind.

Diese Vorschriften gelten nur für die Vororte auf dem rechten Elbufer und das Landgebiet, also nicht für den Bezirk der Stadt in dem Umfange, welchen er vor dem 1. Juli 1894

10) Vgl. §§ 105 ff. Z.VG., 6 A.G. z. Z.V.G.
1) Vgl. Wulff II S. 142.
2) Vgl. Wulff II S. 148.

hatte,[3] sowie für die Vororte auf dem linken Elbufer, deren Gebietsteile zum größten Teil im Staatseigentum stehen.

II. Die Zusammenlegung ist ein Austausch verschiedenen Eigentümern gehöriger Grundstücke bei Ausführung des Bebauungsplans behufs Ermöglichung einer zweckmäßigen Bebauung der zwischen den festgestellten Straßen- und Verkehrsanlagen belegenen Flächen. Sie enthält eine Neueinteilung der betreffenden Grundstücke unter die Eigentümer derselben ohne Rücksicht darauf, ob die Grundstücke bebaut oder unbebaut sind.

1. Das Zusammenlegungsverfahren wird eingeleitet entweder auf Veranlassung der Baudeputation ohne Rücksicht auf den Willen der beteiligten Eigentümer oder auf Antrag der Eigentümer der größeren Hälfte der in Betracht kommenden Gesamtfläche.

2. Voraussetzung für die Zusammenlegung ist, daß es bei Ausführung des genehmigten Bebauungsplans behufs Ermöglichung einer zweckmäßigen Bebauung der zwischen den festgestellten Straßen- und Verkehrsanlagen belegenen Flächen erforderlich erscheint, die einzelnen Grundstücke in ihrer Begrenzung untereinander und in ihrer Lage zu den im Plan verzeichneten Straßen, Plätzen usw. zu verändern.

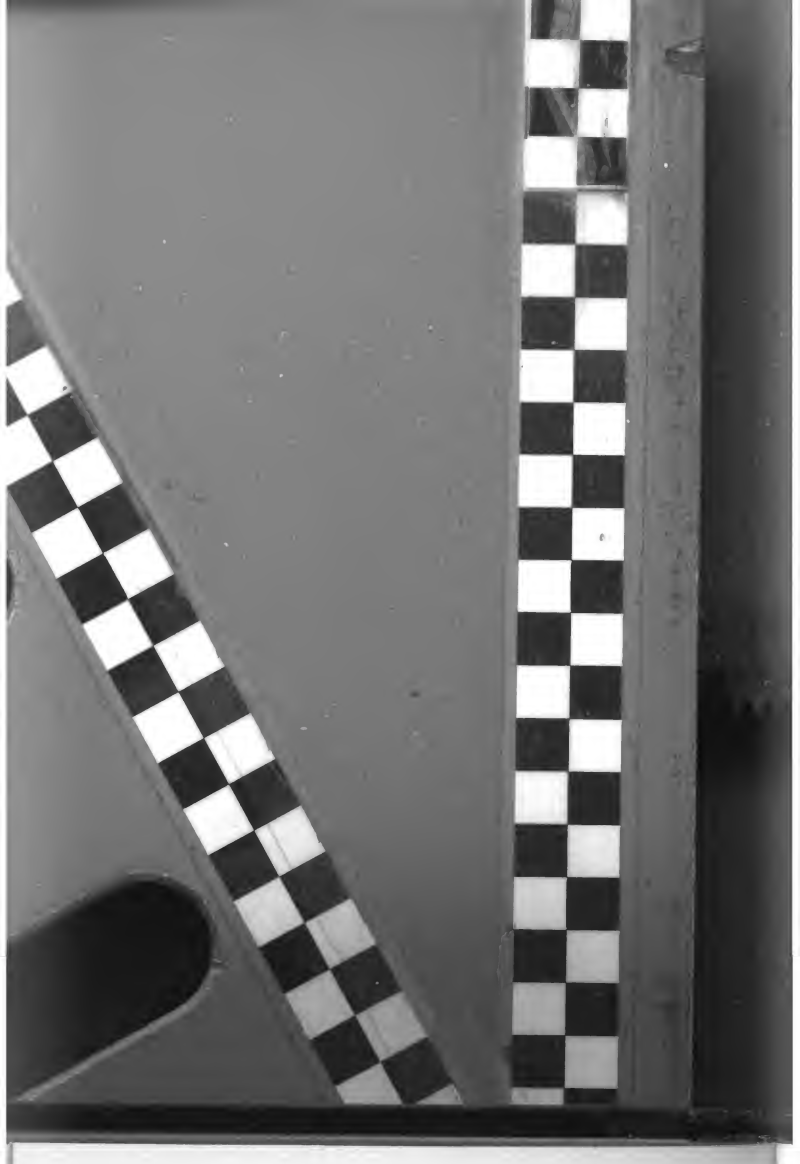
III. Über die Zusammenlegung hat die Baudeputation einen Spezialplan anzufertigen, nach welchem die Grundstücke so zusammenzulegen und neu einzuteilen sind, daß jeder Grundeigentümer in demselben Verhältnis an dem Gesamtwerte der neu eingeteilten Grundstücke teilnimmt, in dem er vor der Zusammenlegung an dem Gesamtwerte beteiligt war.

IV. Nach Mitteilung des Planes an die Finanzdeputation und an die Baupolizeibehörde ist er öffentlich auszulegen und sind die beteiligten Grundeigentümer, Hypothekengläubiger und Inhaber dinglicher Rechte aufzufordern, etwaige Widersprüche oder Schadensforderungen innerhalb vier Wochen anzumelden.

1. Finden solche Anmeldungen nicht statt, so gilt der Plan als genehmigt.

---

3) Vgl. Ges. v. 22. Juni 1894 betr. die Vereinigung der Vorstadt St. Pauli, der Vororte u. w. d. a. mit der Stadt (Wulff I S. 62).



2. Finden **Anmeldungen statt**, so muß der Plan, falls er durchgeführt werden soll, **von Senat und Bürgerschaft genehmigt werden**, und sind die Entschädigungen der Beteiligten durch die Schätzungskommission im Enteignungsverfahren festzustellen.[4]

V. Die **Genehmigung** des Zusammenlegungsplans hat **dingliche Wirkung**. Der Übergang des Eigentums auf den neuen Eigentümer vollzieht sich in dem Zeitpunkte, in welchem der Plan genehmigt ist, ohne daß Auflassung und Eintragung im Grundbuch erforderlich sind.[5] In welcher Weise dingliche Lasten und Berechtigungen verteilt werden, ergibt unmittelbar der Zusammenlegungsplan. Soweit dies nicht der Fall ist, kommen die Grundsätze des Enteignungsverfahrens zur Anwendung. Insbesondere können die Hypothekengläubiger verlangen, daß ihnen die dem Grundeigentümer gewährte Entschädigung auf ihre Forderung ausbezahlt wird.[6]

Auf Grund des Planes werden neue Vermessungsrisse ausgefertigt und wird das Flurbuch und Grundbuch von Amts wegen ohne Kosten für die Beteiligten berichtigt.

VI. Das **Zusammenlegungsverfahren ist öffentlichrechtlicher Natur**; es ist nicht zulässig, die eintretenden Rechtsänderungen auf ein Privatrechtsgeschäft zurückzuführen. Vielmehr erfolgen diese Rechtsänderungen auf Grund eines Aktes der Staatsgewalt.

§ 76. Das Baurecht im Allgemeinen.

I. Nach Art. 111 E.G. z. B.G.B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche **im öffentlichen Interesse das Eigentum in Ansehung tatsächlicher Verfügungen beschränken**. Solche Verfügungen bestehen besonders reichlich auf **dem Gebiete des Baurechts**.

---

4) Vgl. § 82. Die Entschädigung ist auf sämtliche beteiligte Grundstücke im Verhältnis ihres Wertes zu verteilen. Die Entschädigung, welche ein Eigentümer zu leisten hat, kann auf Antrag desselben in eine Annuität verwandelt werden (vgl. hierzu § 89 II 2).

5) Bis zur Genehmigung bestehen die bisherigen Eigentumsverhältnisse fort. Dadurch, daß formell zunächst alle Grundstücke zu einer gemeinschaftlichen Masse vereinigt werden, entsteht nicht etwa ein Zwischenstadium mit gemeinschaftlichem Eigentum aller beteiligten Eigentümer an der Masse.

6) Vgl. § 12 Abs. 4 Ges. v. 30. Dez. 1892; § 10 d Expropriationsges. (s. § 82 VI 5).

Dieselben finden sich bez. der Stadt Hamburg einschl. der früheren Vororte [1] in dem Baupolizeigesetz vom 23. Juni 1882,[2] welches aber nur auf Bauten anzuwenden ist, die nach seinem Inkrafttreten entstanden sind, nebst den Novellen vom 5. Mai 1886,[3] 9. Oktober 1891, 28. April 1893,[4] 15. April 1896,[5] 29. Januar 1904 [6] und 26. Januar 1906.[7] Für die Vororte auf dem rechten Elbufer kommen ferner noch in Betracht: die Gesetze vom 30. Dezember 1892 [8] betr. den Bebauungsplan für die Vororte auf dem rechten Elbufer nebst dessen Abänderungen vom 12. Juli 1895, 13. Juli 1898,[9] 3. November 1905 [10] und 5. Juli 1907,[11] sowie das Gesetz vom 13. Juli 1898 [12] betr. die Überschreitung der Baulinien usw. Ferner sind für das Landgebiet zu beachten das Gesetz vom 22. Oktober 1900 betr. Ausdehnung der Bestimmungen des Baupolizeigesetzes usw. auf das Landgebiet,[13] für die Landherrnschaft Bergedorf die Verordnung über Baubesichtigungen vom 7. Mai 1885, für die Stadt Bergedorf die Bauordnung vom 18. Dezember 1850, für Ritzebüttel bezw. Cuxhaven die Bau- und Straßenordnung vom

---

1) Vgl. § 1 Baupolizeiges., § 1 Ges. v. 22. Juni 1894 (Wulff I S. 62); Ges. v. 15. Okt. 1884 (Wulff II S. 130).

2) Vgl. Wulff II S. 64. Das Hamburgische Baupolizeirecht hat sich aus rein privatrechtlichen Anfängen entwickelt, indem die Bestimmungen über die Servituten auf die öffentlichrechtlichen Verhältnisse übertragen wurden (vgl. z. B. bez. der Entwicklung des Frontrechts § 90). Eine eigentliche Baupolizei übten zuerst die Kirchspielsherrn, Patrone und Landherrn auf Grund Stat. II, 20 aus (Baumeister I S. 145). Für die abgebrannten Stadtteile ergingen am 29. Juli 1842 bau- und feuerpolizeiliche Vorschriften für den Bau der Häuser. Am 3. Juli 1865 wurde ein erstes Baupolizeigesetz erlassen, welches am 31. Jan. 1872 eine neue Redaktion erhielt. Am 23. Juni 1882 wurde das geltende Baupolizeigesetz erlassen. Dasselbe wird gegenwärtig einer gründlichen Revision unterzogen. Im Jahre 1899 machte der Senat der Bürgerschaft eine Vorlage betr. Revision des Baupolizeigesetzes, über welche ein Ausschuß der Bürgerschaft im Jahre 1906 (Ausschußber. 1906 Nr. 12) Bericht erstattete, wobei er viele Änderungen vorschlug. Die Bürgerschaft hat hierüber im Plenum beraten und diese Beratung in der Sitzung vom 16. Jan. 1907 beendet. Eine Erwiderung des Senats auf die Beschlüsse der Bürgerschaft ist noch nicht erfolgt.

3) Vgl. Wulff II S. 128.

4) Vgl. Wulff II S. 130.

5) Vgl. Wulff II S. 156.

6) Vgl. Wulff IV S. 272.

7) Vgl. Ges.Samml. 1906 I S. 3.

8) Vgl. Wulff II S. 132.

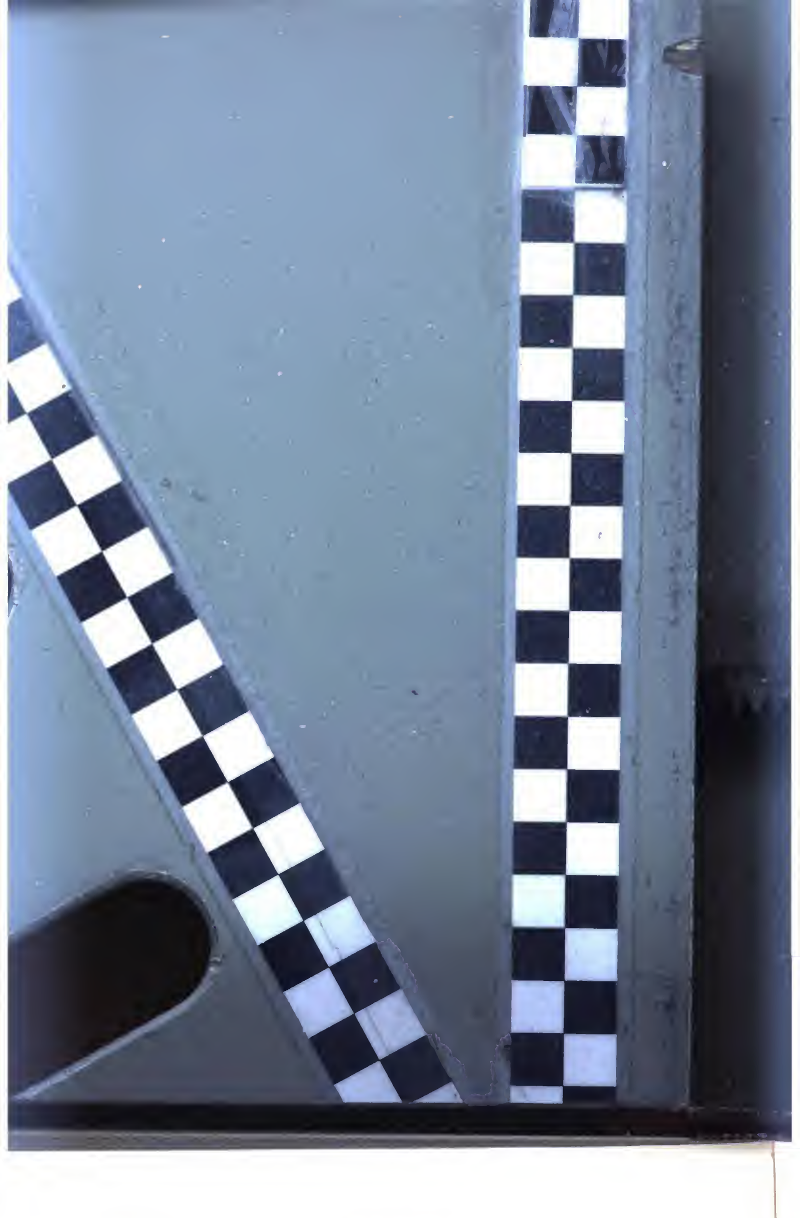
9) Vgl. Wulff II S. 133 oben Anm.

10) Vgl. Ges.Samml. 1905 I S. 112.

11) Vgl. Amtsbl. 1907 S. 447.

12) Vgl. Wulff II S. 149.

13) Vgl. Wulff II S. 148.



15. Januar 1876 sowie die Gesetze vom 18. Mai 1896 [14] und 23. November 1898.[15]

II. Die Beschränkungen des Baurechts haben ihren Grund in Rücksichten auf die öffentliche Sicherheit und Gesundheit, sowie auf den Verkehr, und tragen auch wirtschaftlichen und sozialpolitischen Gesichtspunkten Rechnung. Sie werden insofern ergänzt durch die Vorschriften über die Wohnungspflege, welche teilweise bereits oben (§ 42 I) behandelt worden sind und ebenfalls Einschränkungen des Eigentumsrechts enthalten. Sie kreuzen sich vielfach mit Vorschriften des Straßen- und Wegerechts. Da eine scharfe systematische Trennung dieser Vorschriften nicht durchführbar ist, so wird in diesem Zusammenhange manche Bestimmung behandelt werden, welche ebensowohl beim Straßenrecht erwähnt werden könnte.

Die Eigentumsbeschränkungen des Baurechts bestehen nicht nur in der Verpflichtung zur Unterlassung gewisser Handlungen, sondern legen dem Eigentümer auch im öffentlichen Interesse gewisse Leistungen auf.

III. Die gesetzlichen Vorschriften des Baurechts, wie sie im Baupolizeigesetz enthalten sind, finden ihre wichtigste Ergänzung in den Bestimmungen über den Bebauungsplan. Solche Bestimmungen bestehen für die Vororte auf dem rechten Elbufer,[16] für die Trace der Vorortsbahn und die Kanalisation der Alster sowie die damit in Verbindung stehenden Straßen und Straßenregulierungen,[17] für die Gemeinden Groß-Borstel, Alsterdorf, Ohlsdorf, Fuhlsbüttel, Klein-Borstel,[18] Billwärder a. d. Bille [18a] und Cuxhaven.[19]

1. Der Bebauungsplan wird für das betreffende Gebiet von einer aus drei Senats- und sechs Bürgerschaftsmitgliedern bestehenden Kommission ausgearbeitet.[20]

2. Der festgestellte Planentwurf wird mindestens sechs Wochen öffentlich ausgelegt,[21] für den Verkauf vervielfältigt, durch die Presse veröffentlicht und das beteiligte Publikum — die be-

14) Vgl. Ges.Samml. 1896 I S. 62.
15) Vgl. Ges.Samml. 1898 I S. 174.
16) Vgl. Ges. v. 30. Dez. 1892 (Wulff II S. 132).
17) Vgl. Ges. v. 9. Febr. 1894 (Wulff II S. 147).
18) Vgl. Ges. v. 22. Okt. 1900 (Wulff II S. 148).
18 a) Vgl. Ges. v. 5. Juli 1907 (Amtsbl. 1907 S. 447).
19) Vgl. Ges. v. 23. Nov. 1898 Nr. 2 (Ges.Samml. 1898 I S. 174).
20) Vgl. § 4 Ges. v. 30. Dez. 1892, Nr. 1 Ges. v. 22. Okt. 1900.
21) Vgl. die Modifikation in Nr. 3 Ges. v. 3. Nov. 1905 bez. der Pläne über den Fabrikausschluß.

troffenen Grundeigentümer direkt — aufgefordert, etwaige Bedenken, Abänderungsvorschläge und Schadensersatzansprüche der Kommission binnen bestimmter Frist mitzuteilen; bei Schadensersatzansprüchen ist der Ausschluß als Rechtsnachteil für die nicht rechtzeitige Anmeldung anzudrohen.

3. Nach Ablauf der Auslegefrist prüft die Kommission den Entwurf nochmals. Falls sie dabei Änderungen in bezug auf Baulinien oder Baubeschränkungen vornimmt, ist dies den beteiligten Grundeigentümern mitzuteilen, um etwaige weitere Schadensansprüche unter demselben Präjudiz, wie unter 2 angegeben, anzumelden.

4. Alsdann ist der Bebauungsplan Senat und Bürgerschaft zur Genehmigung vorzulegen. Beide gesetzgebenden Körperschaften können Änderungen an dem Plane vornehmen, doch muß für die Genehmigung des Planes ein übereinstimmender Beschluß von Senat und Bürgerschaft vorliegen.

5. Die Ausführung des Bebauungsplanes geschieht, soweit sie auf Staatskosten erfolgen soll, im Wege der Gesetzgebung.[22]

IV. Ebenso wie die Feststellung des Bebauungsplanes bedarf die Feststellung von Straßen- und Baulinien im Geltungsgebiet des Baupolizeigesetzes eines Aktes der Gesetzgebung,[23] soweit diese Linien nicht in dem festgestellten Bebauungsplane enthalten sind. In Ritzebüttel ist der Landherr befugt, Straßen- und Baulinien aufzulegen,[24] in einzelnen Landgemeinden[25] steht diese Befugnis dem Landherrn im Einverständnis mit der Bebauungsplankommission zu. Wie es sich in den anderen Teilen des Staatsgebietes verhält, ist zweifelhaft; meist wird ein Akt der Gesetzgebung gefordert.[26]

---

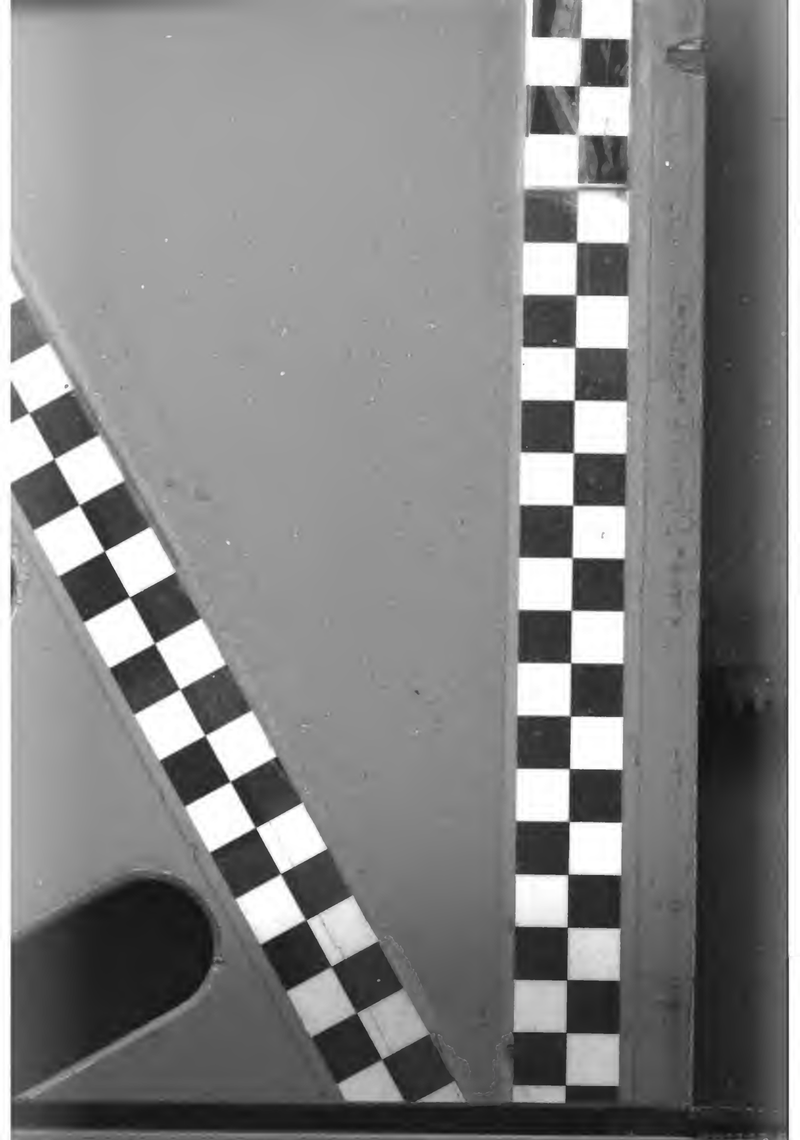
22) Vgl. § 12 Ges. v. 30. Dez. 1892. Unwesentliche Änderungen, die sich als notwendig herausstellen, können mit Genehmigung der Kommission (III 1) vom Senate beschlossen werden.

23) Vgl. §§ 103—105 Baupolizeiges. Nur in den Ausnahmefällen des Schlußsatzes von § 103 und des § 104 Abs. 4 genügt ein vom Senat unter Mitgenehmigung des Bürgerausschusses gefaßter Beschluß für die Auflegung einer Straßen- oder Baulinie.

24) Durch Ges. v. 23. Nov. 1898 ist dem Landherrn diese Befugnis gegeben worden.

25) Vgl. Nr. 2 Ges. v. 22. Okt. 1900 (Wulff II S. 148).

26) Ob vor dem Erlaß des Baupolizeigesetzes zur Auflegung von Baulinien ebenfalls ein Akt der Gesetzgebung erforderlich war oder eine Verordnung des Landherrn genügte, ist ebenso streitig wie die Frage, wie es sich in demjenigen Gebiet verhält, wo weder das Baupolizeigesetz noch das Bebauungsplangesetz gilt. Ein Akt der Gesetzgebung wird gefordert in Beibl. 1890 Nr. 69, 1895 Nr. 110 und 1901 Nr. 106 II, 189 (für Ritzebüttel); vgl. auch Beibl. 1901 Nr. 106 I.



1. **Straßenlinie**, Straßenzug-, Straßenfluchtlinie ist diejenige Linie, welche die Straße in ihrer Breite begrenzt.

Baulinie ist die Linie, nach welcher die Bebauung eines Platzes bestimmt wird. Es sind zu unterscheiden:[27]

a) **vordere** Baulinien, welche die Vorderfront eines Gebäudes bestimmen;

b) **Vermittlungs**baulinien, welche zwischen der Straßen- und der vorderen Baulinie oder zwischen zwei verschiedenen vorderen Baulinien vermitteln sollen (§ 5 Gesetz vom 13. Juli 1898);

c) **hintere** Baulinien, welche die Hinterfront eines Gebäudes bestimmen;

d) **seitliche** Baulinien, welche den Seitenabstand der Gebäude bestimmen;

e) **Geltungslinien**, welche beim Vorliegen verschiedener Baulinien auf demselben Baublock bestimmen, bis zu welchen Grenzen die Linien gelten sollen.

2. Der gesetzgeberischen **Feststellung** von Straßen- und **Baulinien** geht ein Verfahren voraus, welches dem der Feststellung des Bebauungsplanes ähnlich ist (§ 105 Baupolizeiges.).

a) Der vom Senat auf eigene Initiative oder auf Antrag der nach den Frontlängen berechneten Mehrheit der beteiligten Grundeigentümer einer Straße (§ 104 Abs. 4 Baupolizeiges.) angefertigte Plan der Anlage muß öffentlich ausgelegt und dies bekannt gemacht werden. Bei Auflegung einer Baulinie ist dies den betroffenen Eigentümern direkt anzuzeigen.

b) Binnen vier Wochen sind etwaige Vorstellungen und Schadensansprüche bei Strafe des Ausschlusses später geltend gemachter Schadensansprüche bei der Baupolizeibehörde anzumelden.

c) Der Plan ist alsdann vom Senat mit den gemachten Eingaben der Bürgerschaft[28] vorzulegen, welche über denselben Beschluß zu fassen hat.

3. Auch im **Wege des Vertrages** können zwischen der Finanz- oder Baudeputation in Vertretung des Fiskus einerseits, den Grundeigentümern andererseits **Baulinien vereinbart** werden. Dies ist vielfach geschehen. Auch haben sich die Grundeigentümer häufig

27) Vgl. insbesondere Ges. v. 13. Juli 1898 (Wulff II S. 149).
28) Im Fall des Schlußsatzes von § 103 sowie des § 104 Abs. 4 Baupolizeiges. dem Bürgerausschusse.

der Auflegung von Baulinien durch die Behörde freiwillig gefügt. In solchen Fällen sind die Baubeschränkungen als rechtsgeschäftlich zugunsten des Fiskus bestellte Dienstbarkeiten (privater oder öffentlich-rechtlicher Natur) anzusehen.[29]

§ 77. Die Baubeschränkungen im Einzelnen.

Die im öffentlichen Interesse gelegenen Baubeschränkungen sind von sehr verschiedener Art und Umfang.

I. Am weitesten gehen die durch die Feststellung des Bebauungsplanes oder die Auflegung von Straßen- und Baulinien entstehenden Baubeschränkungen. Diese enthalten vielfach ein direktes Bauverbot.

1. Wird für eine bereits bestehende Straße eine neue Straßenlinie vorgeschrieben, so treten mit der Verkündung des Beschlusses von Senat und Bürgerschaft bezw. des Bürgerausschusses folgende Wirkungen ein (§ 103 Baupolizeiges.):

a) Unbebaute Teile des Privatgrundes, welche durch die Linie für die Straße bestimmt werden, dürfen nicht mehr bebaut, auch in die Straßenlinie hineintretende Gebäudeteile nicht mehr erhöht werden.

b) Ein Um- oder Neubau muß bis auf die neue Straßenlinie zurückgezogen werden.

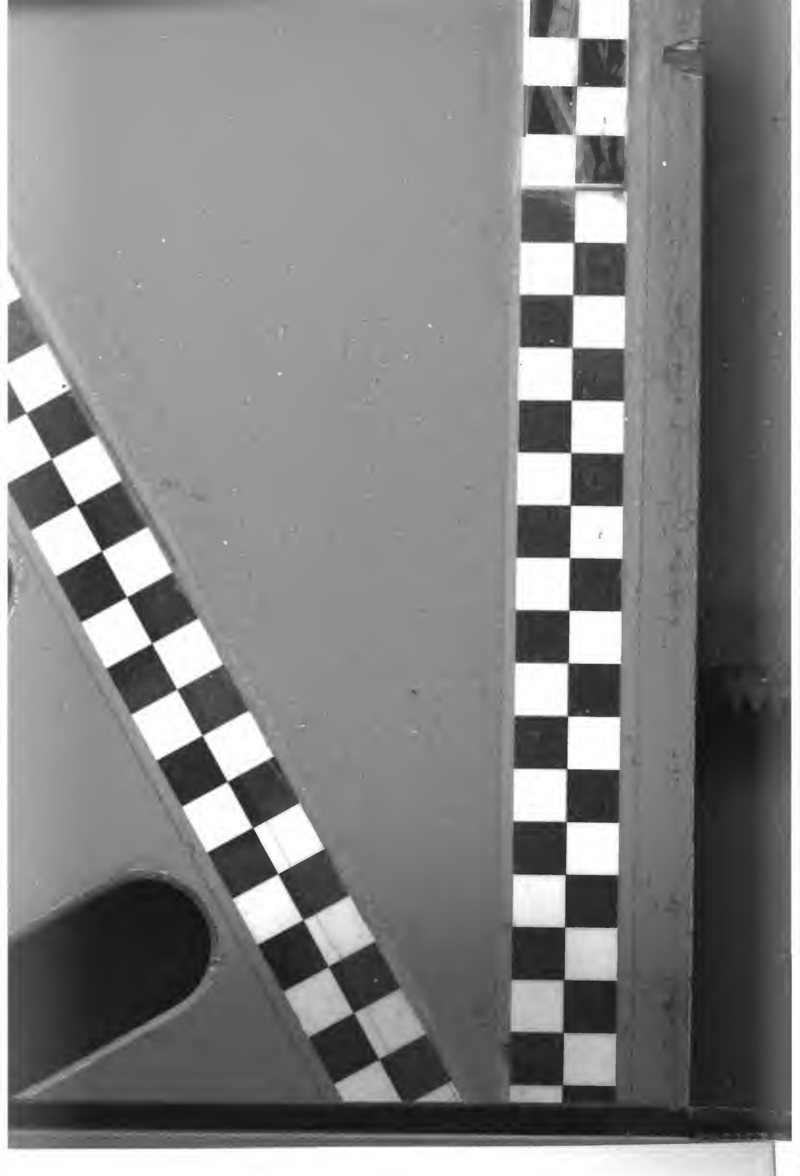
c) Der Staat kann die Abtretung der für die Straße bestimmten Teile des Privatgrundes jederzeit verlangen.

d) Der Grundeigentümer kann die staatsseitige Übernahme seines für die Straße bestimmten unbebauten Grundes jederzeit, die staatsseitige Übernahme seines bebauten Grundes jedoch nur bei einem Neu- oder Wiederaufbau oder einer wegen Erhöhung des Gebäudes vorzunehmenden sonstigen Frontveränderung verlangen.

2. Wird bei einer bestehenden, ganz oder teilweise unbebauten oder mit Vorgärten versehenen Straße, für welche eine Baulinie noch nicht vorgeschrieben ist, eine solche für die ganze Straße oder einen Teil derselben vorgeschrieben, so treten vom gleichen Moment, wie bei der Vor-

---

29) Vgl. Melchior, Ausführungsges. S. 10. In Beibl. 1907 Nr. 29 hat das O.L.G. ausdrücklich festgestellt, daß die Möglichkeit der Begründung einer Servitut von an sich öffentlichrechtlichem Inhalt durch privatrechtlichen Vertrag sich nicht beanstanden lasse, daß insbesondere auch zugunsten des Staates auf solche Weise Grunddienstbarkeiten begründet werden könnten.



schreibung einer neuen Straßenlinie folgende Wirkungen ein (§ 104 Baupolizeiges.):

a) Der zwischen der Straßen- und der Baulinie liegende Grund darf nicht bebaut werden.[1] Ausgenommen hiervon sind nur gewisse im Gesetz aufgeführte Baulichkeiten von geringem Umfange, wie Haus- und Kellertreppen, Lichtkasten, Kasematten, Anlagen, welche die Erdgeschoßhöhe nicht überschreiten, keinesfalls eine größere Tiefe als 4 m von der Baulinie ab gerechnet haben und den Übergang zwischen Wohnung und Garten vermitteln usw.

b) Der Luftraum über diesem Grunde darf nur beschränkt zu Ausbauten benutzt werden (§§ 104 Abs. 2; 90 Abs. 2, 3 Baupolizeiges.).

c) Die Einfriedigungen dieses Grundes unterliegen gewissen Vorschriften. Im einzelnen vgl. hierüber § 78 I 2.

d) Bei einem Neubau, d. h. einer Neuerrichtung des ganzen Gebäudes, muß ein über die Baulinie hinaustretendes Gebäude auf diese Linie zurückgezogen werden.

3. Bei Anlegung neuer Staatsstraßen darf, sobald der betr. Beschluß von Senat und Bürgerschaft bekannt gemacht worden ist, der in die Straße fallende unbebaute Privatgrund nicht mehr bebaut werden (§ 107 Baupolizeiges.).

4. Die Feststellung des Bebauungsplanes hat folgende Wirkungen (§ 5 Abs. 4 Bebauungsplanges.):

a) Die in dem Plane für öffentliche Anlagen, d. i. Straßen, Plätze, Kanäle, Brücken, Gärten, öffentliche Gebäude, Verkehrsanstalten usw., bestimmten Grundstücke oder deren Teile dürfen nicht mehr bebaut werden.

b) Bei der Bebauung müssen die in dem Plane über Straßen- und Baulinien, Straßenhöhen, sowie sonstige Bau- und Ausnutzungsbeschränkungen[2] erteilten Vor-

1) Wenn § 104 Abs. 2 Baupolizeiges. diesen Zustand als den der „gesetzlichen Dienstbarkeit" des Nichtbebauens bezeichnet, so ist dies für das heutige Recht nicht mehr zutreffend. Eine Dienstbarkeit im Sinne des B.G.B. liegt hier nicht vor, vielmehr eine auf öffentlichrechtlichen Gründen beruhende Beschränkung des Eigentums. Früher wurden diese Eigentumsbeschränkungen allerdings auch als Servituten behandelt.

2) Über die Wirkung der Baulinien in denjenigen Gebietsteilen, in denen der Bebauungsplan bereits festgestellt ist, ist das Spezialgesetz v. 13. Juli 1898 (Wulff II, S. 149) ergangen, welches zahlreiche Einzelheiten enthält, auf die hier nicht eingegangen werden kann. Bemerkenswert ist, daß dieses Gesetz gewisse Überschreitungen der Baulinien zuläßt.

schriften beachtet werden, insbesondere dürfen bei bereits bebauten Grundstücken diejenigen Gebäudeteile, welche über die Straßen- und Baulinien, sowie die Grenzen öffentlicher Anlagen hinausragen, nicht mehr erhöht und müssen bei einem Um- oder Neubau die Gebäude auf die im Plane vorgeschriebenen Grenzen zurückgezogen werden.

c) Der Staat kann die Abtretung der zur Ausführung des Bebauungsplanes erforderlichen Teile des Privatgrundes jederzeit verlangen.[3]

d) Der Grundeigentümer kann in gewissen Fällen die staatsseitige Übernahme seines ganzen Grundstücks oder eines Teiles desselben verlangen, und zwar

α) seines ganzen bebauten oder unbebauten Grundstücks, wenn dasselbe durch die Bebauungsgrenze so weit in Anspruch genommen wird, daß der übrige Teil nicht mehr zur nutzbringenden Bebauung geeignet ist;

β) des zur Ausführung des Planes erforderlichen bebauten Teiles seines Grundstücks, wenn im Falle eines Neu- oder erheblichen Umbaus das Gebäude auf die neue Straßenlinie zurückgezogen werden müßte;

γ) des zur Ausführung des Planes erforderlichen unbebauten Teiles seines Grundstücks, wenn letzteres an einer mindestens vorläufig fertiggestellten Straße belegen ist und nunmehr eine Bebauung des Grundstücks an der im Plane bezeichneten Bebauungsgrenze stattfindet.

e) Falls dies durch den Bebauungsplan vorgeschrieben ist, dürfen in bestimmten Straßen und Bezirken keine Etagenhäuser, Wohnhöfe, Fabriken, Wirtschaften und die Nachbarschaft belästigende Geschäftsbetriebe errichtet oder kann die Errichtung solcher Häuser und Betriebe von bestimmten im Plan enthaltenen Vorschriften abhängig gemacht werden.[4]

f) Die Anlieger haben, falls sie das Frontrecht an neu angelegten Plätzen, Kanälen und sonstigen öffentlichen Anlagen, sowie an

---

3) Vgl. § 6 Bebauungsplangeſ. Geschieht dies zur Herstellung einer neuen Straße, so muß der Staat die Straße binnen 12 Monaten mindestens vorläufig fertigstellen (Abs. 5).

4) Vgl. § 3 Abs. 4 Bebauungsplangeſ., auch Ges. v. 3. Nov. 1905 (Ges. Samml. I S. 112). Eine solche Rechtsnorm, welche aus baulichen Rücksichten einzelne Geschäftsbetriebe aus bestimmten Ortsteilen verbant, ist neben § 16 G.O. zulässig. Vgl. Entsch. des RG. v. 18. März 1901 in Seuff. Arch. 56 Nr. 261; Landmann-Rohmer, Gewerbeordnung (3. Aufl.) I S. 144, 196, 219; Schicker, Gewerbeordn. (3. Aufl.) S. 44, 54. Vgl. auch Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1896 S. 413.

bereits bestehenden, aber unfertigen Straßen und Wegen in Anspruch nehmen,[5] dem Staat eine Entschädigung zu entrichten.

5. Im Geltungsgebiet des Bebauungsplangesetzes (s. § 76 III) gelten auch ohne Feststellung des Bebauungsplanes verschiedene Beschränkungen.[6]

a) Die Errichtung von Gebäuden ist nur da gestattet, wo die Ableitung des Wassers und die Aufbewahrung und Abfuhr der Abfallstoffe gesichert ist (§ 11 Abs. 1 Bebauungsplanges.).

b) Die Errichtung von Wohngebäuden und die Benutzung nicht zu Wohnzwecken bestimmter Gebäude zu solchen Zwecken ist nur an fertiggestellten Straßen zulässig. Nicht zum Bewohnen bestimmte Gebäude müssen durch einen befestigten Weg mit einer mindestens vorläufig fertiggestellten Straße in Verbindung stehen (§ 11 Abs. 2 Bebauungsplanges.).

c) Bauten dürfen in einem geringeren Abstand von der Straßenlinie als 3 m, auf den unter Freilassung eines Vorgartens oder Vorplatzes schon bebauten Grundstücken in einem geringeren als dem bisherigen Abstande, auf unbebauten Grundstücken in einem geringeren Abstande als 15 m nur mit Zustimmung der Kommission errichtet werden, welche den Bebauungsplan auszuarbeiten hat (§ 7 Abs. 8 Bebauungsplanges.).

d) Fabriken, Wohnhöfe, Etagenhäuser und die Nachbarschaft belästigende Geschäftsbetriebe[7] dürfen ebenfalls nur mit Zustimmung dieser Kommission errichtet werden (§ 7 Abs. 8 Bebauungsplanges.).

Die Zustimmung gilt in den Fällen c und d als erteilt, falls binnen sechs Wochen auf die Eingabe ein Bescheid nicht erfolgt.

e) Auf Grundstücken mit mehr als 30 Wohnungen müssen Hofplätze eingerichtet werden, bez. deren besondere Vorschriften getroffen sind (§ 11 Abs. 3 Bebauungsplanges.).

f) Für die Änderung von Wohngebäuden und für im Überschwemmungsgebiet liegende Gebäude gelten besondere Vorschriften (§ 11 Abs. 5—7 Bebauungsplanges.). S. II 4 a und g.

---

5) Vgl. § 8 Bebauungsplanges., § 108 Baupolizeiges. S. unten § 90.

6) Der Senat kann in den Fällen a, b, e Ausnahmen gestatten (§ 11 Abs. 4 des Ges.).

7) Die Beschlüsse der Kommission sind nach § 24 Abs. 2 Verhältnisges. im ordentlichen Rechtswege nur anfechtbar, wenn sich behaupten läßt, daß der Geschäftsbetrieb an sich unter keinen Umständen geeignet ist, die Nachbarschaft zu belästigen (Beibl. 1899 Nr. 13).

6. Auch in dem dem Bebauungsplangesetz nicht unterworfenen Teile der Stadt Hamburg und einzelnen Landgemeinden finden die Vorschriften des Bebauungsplangesetzes bez. der zulässigen Beschränkungen für die Errichtung von Fabriken und anderen die Nachbarschaft belästigenden Geschäftsbetrieben Anwendung (Nr. 3 Gesetz vom 3. November 1905). Danach dürfen dort solche Bauten nur mit Genehmigung der Bebauungsplankommission errichtet und kann für einzelne Gebiete nach Auslegung eines Planes über den Fabrikausschluß und Durchführung des Aufgebotsverfahrens ein völliges Verbot solcher Gebäude angeordnet werden.[8]

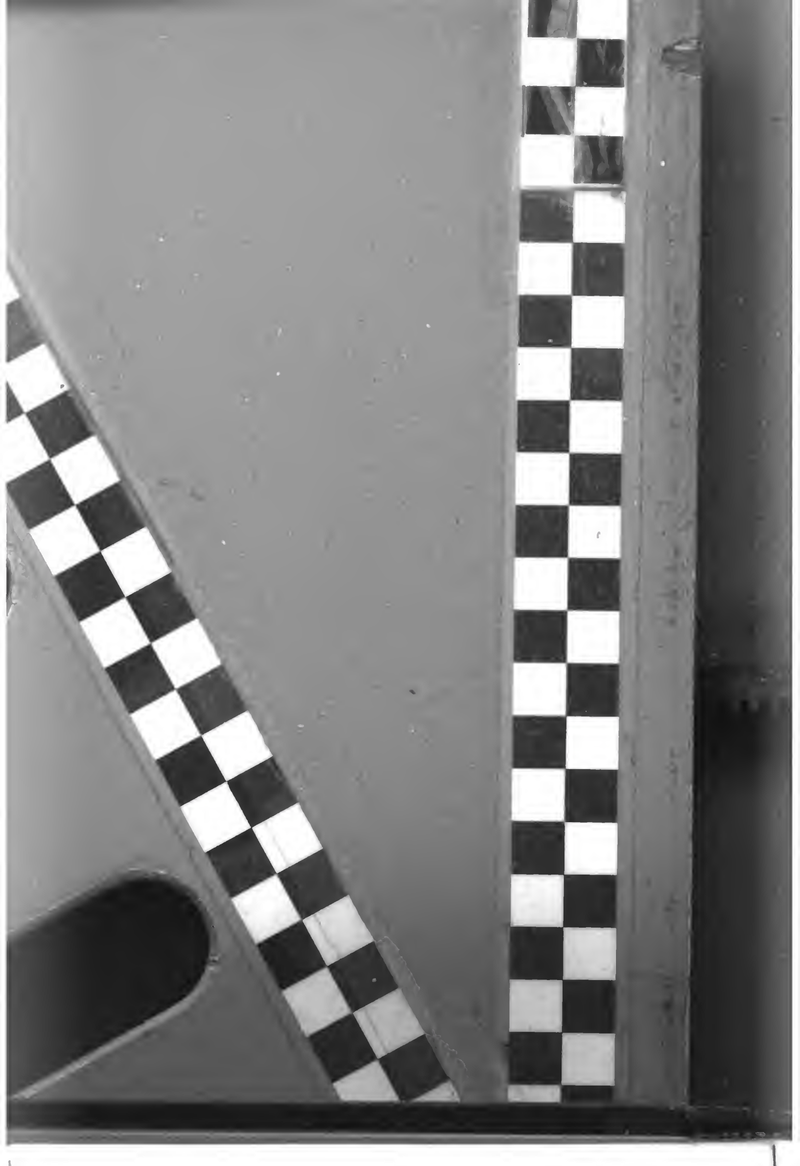
II. Abgesehen von diesen Beschränkungen besteht im Geltungsgebiet des Baupolizeigesetzes für Bauten grundsätzlich das Prinzip der Normativbestimmungen, d. h. es ist eine große Anzahl von Vorschriften für die Bebauung der Grundstücke aufgestellt,[9] doch ist regelmäßig nicht eine eigentliche Bauerlaubnis der Behörde zum Bauen erforderlich, vielmehr genügt eine rechtzeitig vor dem Beginn des Baues oder der sonstigen baulichen Handlungen, für welche dies vorgeschrieben ist, eingereichte Bauanzeige (§ 11 Baupolizeiges.).[10]

Bez. des Zustandes in dem Landgebiete vgl. unter 5 b.

1. Die Baupolizeibehörde hat eine Bescheinigung über die Bauanzeige zu erteilen, doch kann sie unter gewissen Umständen den Beginn der Arbeiten untersagen, z. B. wenn die Bauvorlagen unvollständig sind oder aus ihnen hervorgeht, daß die gesetzlichen Bestimmungen nicht beachtet sind. Darin, daß die Behörde den Beginn des Baues nicht untersagt, trotzdem die Anlage in gewissen Fällen gegen das Gesetz verstößt, liegt keine Genehmigung der Behörde. Ein Recht, den Bau so auszuführen, wie er in der Anzeige angegeben ist, erwirbt der Bauunternehmer mit der Bescheinigung nicht. Selbst eine ausdrückliche Befreiung der Behörde von gesetzlichen Vorschriften ist unwirksam, falls der Behörde eine solche Befreiungsbefugnis gesetzlich nicht zusteht.[11]

---

8) Über die Zulässigkeit dieser Vorschrift vgl. Anm. 4.
9) Vgl. §§ 16—56 Baupolizeiges., Ges. v. 28. April 1893 (Wulff II S. 130) und v. 15. April 1896 (II S. 156).
10) Vgl. auch § 1 Ges. v. 28. April 1893, § 4 Ges. v. 15. April 1896. Danach kann in dringenden Fällen die Frist abgekürzt werden.
11) Vgl. Beibl. 1894 Nr. 15, 130.



Spätestens 14 Tage nach Ausstellung der Bescheinigung hat der Eigentümer die Bauabgabe zu entrichten (§ 128 Baupolizeiges.). Diese Abgabe hat in ihrem wesentlichen Teil dinglichen Charakter (§ 129 Baupolizeiges.). Auf sie kommt zur Anwendung, was unten über die Straßen-, Trottoirbeiträge usw. ausgeführt werden wird (siehe § 89 II 3).

2. Bei der Ausführung des Baues müssen gewisse Vorschriften befolgt werden, über die sich besonders die Nov. vom 15. April 1896 verbreitet, auf die aber nicht näher einzugehen ist.

3. Eine behördliche Rohbau- und Schlußbesichtigung ist vorgeschrieben (§§ 9, 10 Ges. vom 15. April 1896), widrigenfalls die Arbeiten nicht fortgesetzt bezw. die Gebäude nicht in Gebrauch genommen werden dürfen.

4. Die Normativbestimmungen beziehen sich auf die Beschaffenheit der Vorsetzen an den Uferwänden (§ 16 Baupolizeiges.) und der Umfassungswände (§§ 17—23), auf die Höhe der Gebäude (§§ 24—27), die Beschaffenheit der Dächer (§§ 28—30), die innere Einrichtung und das Äußere der Gebäude (§§ 31—33, 45—48), die Beschaffenheit der Schornsteine und Feuerstellen (§§ 49—56), die Erbauung von Viehställen (§ 75), sowie auf die Beschaffenheit der Wohngebäude und Wohnräume.[12]

Die letzteren Bestimmungen haben auch eine gewisse privatrechtliche Bedeutung und werden noch ergänzt durch die Vorschriften des Revid. Ges. vom 8. Februar 1907 betr. die Wohnungspflege.[13]

a) Grundsätzlich dürfen in Wohngebäuden nicht mehr als fünf Stockwerke außer den Kellerräumen zu Wohnzwecken und Arbeitsräumen benutzt werden (§ 34 Baupolizeiges.).

Besondere Vorschriften betreffen die Beschaffenheit der Wohnkeller, namentlich die Niveauhöhe des Fußbodens in der Stadt Hamburg und im Überschwemmungsbereich der Hamburgischen Gewässer.[14]

b) Die Wohnräume müssen eine bestimmte Mindesthöhe haben (§ 35 Baupolizeiges.).

12) Vgl. §§ 34—44 Baupolizeiges., Ges. v. 28. April 1893.

13) Vgl. Amtsbl. 1907 S. 69. Das neue Gesetz ist am 1. Juli 1907 in Kraft getreten (Amtsbl. 1907 S. 375). Das erste Wohnungspflegegesetz datierte vom 8. Juni 1898 (Wulff II S. 403). Da es sich hier um öffentlich-rechtliche Vorschriften handelt, so werden dieselben vom B.G.B. an sich nicht berührt.

14) Vgl. § 7 Ges. v. 28. April 1893; § 11 Abs. 7 Bebauungsplanges.

c) Alle zum Bewohnen, Schlafen und sonstigen dauernden Aufenthalt von Menschen bestimmten Räume müssen in ausreichender Weise durch Tageslicht erhellt und mit zu öffnenden Fenstern zur Zuführung frischer Luft versehen sein (§§ 36 Baupolizeiges., 12 Wohnungspflegeges.).[15] Für Schlafräume, welche an Untermieter usw. abgegeben werden, sind besondere Vorschriften über den erforderlichen Mindestluftraum gegeben.

d) Der Eigentümer ist verpflichtet, vor jeder nicht an der Straße belegenen Gebäudewand mit Fenstern einen Raum von einer bestimmten Größe[16] unbebaut zu lassen. Dieser Raum muß, falls er nicht durch ein Gewässer gebildet wird, demselben Grundstück angehören wie die Gebäudewand, oder der Nachbar muß mit dem Bau einverstanden sein und die Erhaltung des entsprechenden Teiles des Nachbargrundstücks im unbebauten Zustande durch Eintragung im Grundbuche gesichert werden.[17]

e) Besondere Vorschriften gelten für die Lichthöfe, Aborte und Wasserreservoirs. Grundsätzlich muß jede Wohnung mindestens einen Abort haben.[18]

f) Etagenhäuser mit Wohnungen dürfen in den Vororten rechts der Elbe und im Hammerbrook nur bei vorhandenem Sielanschluß errichtet werden (§§ 40, 44 Baupolizeiges.).

g) Besondere Vorschriften sind weiter getroffen für Wohnungen in Hintergebäuden.[19] Hervorzuheben ist besonders, daß jedes Hintergebäude mit mehr als zwei Wohnungen, deren sämtliche Fenster in dem Hintergebäude belegen sind, an einem Hofplatze von

---

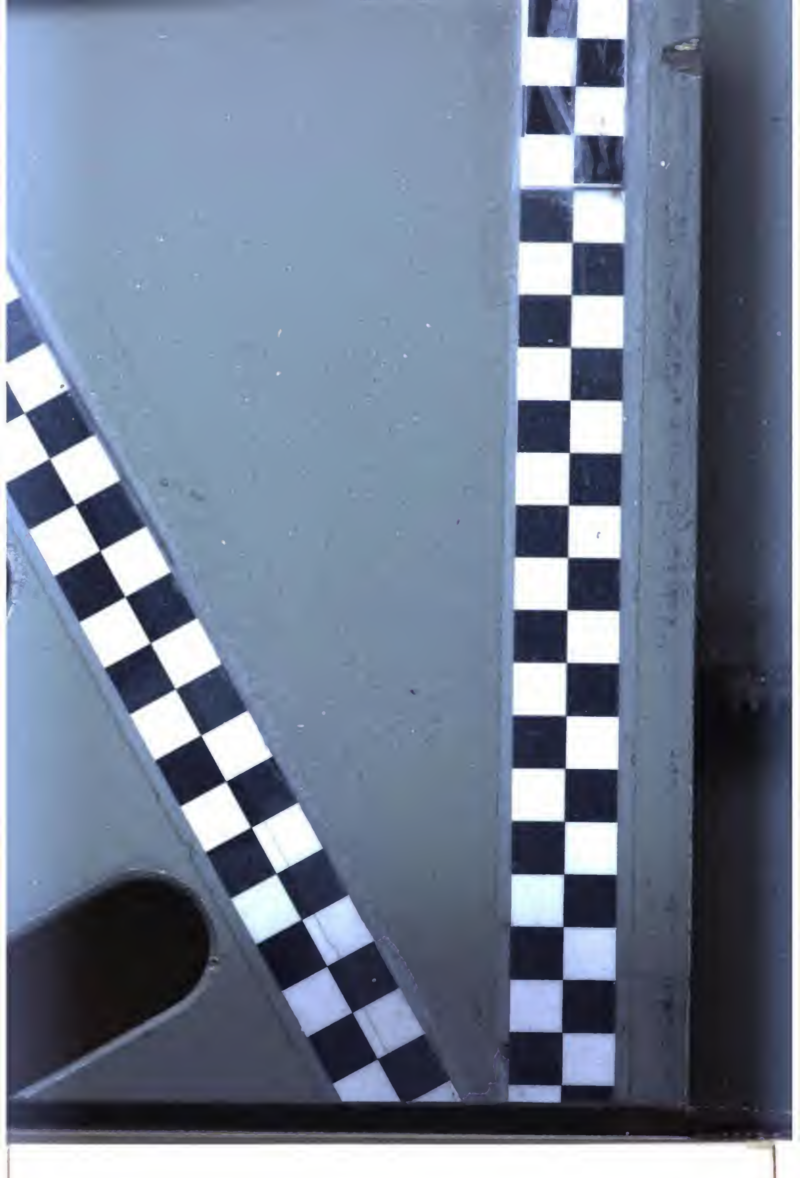
15) Nach § 3 Ges. v. 28. April 1893 kann die Baupolizeibehörde hiervon für einzelne Räume dispensieren. Über die Befugnis der genannten Behörde, die Durchführung dieser Vorschrift zu erzwingen vgl. Beibl. 1907 Nr. 104.

16) Vgl. §§ 36, 37 Baupolizeiges.; §§ 2, 3 Ges. v. 28. April 1893. Der Raum muß verschieden groß sein, je nachdem das Grundstück in den Vororten oder in der Stadt einschließlich der Vorstadt belegen ist. Die Baupolizeibehörde kann verschiedene Ausnahmen gestatten, insbesondere dahin, daß kleinere nicht zum Bewohnen bestimmte Gebäude auf dem Platze errichtet werden.

17) Nach altem Recht bedurfte die Verpflichtung zu ihrer Wirksamkeit an sich nicht der Eintragung, vielmehr war nur die Errichtung der fraglichen Bauten von der Eintragung abhängig. Im einzelnen vgl. hierüber § 98 II 3.

18) Vgl. §§ 38, 39 Baupolizeiges.; §§ 4, 5 Ges. v. 28. April 1893; § 12 Abs. 6 Wohnungspflegeges. Über die Verpflichtung des Vermieters zur Gewährung von Aborten s. auch § 42 I 1.

19) Vgl. §§ 41, 42 Baupolizeiges.; § 6 Ges. v. 28. April 1893; § 11 Abs. 3 Bebauungsplanges.



bestimmter gesetzlicher Beschaffenheit liegen muß. Die Hofplätze können aus Teilen nebeneinander liegender Grundstücke gebildet werden, falls durch Eintragung im Grundbuche die Erhaltung der fraglichen Parzellen in unbebautem und zugänglichem Zustande gesichert wird.[17] Im Gebiet des Bebauungsplangesetzes (§ 11 Abs. 6 dieses Ges.) ist es überhaupt nicht gestattet, die Hofplätze aus Teilen verschiedener Grundstücke zu bilden.

h) Der Grundeigentümer ist verpflichtet, in allen Wohngebäuden die durch ungenügende Unterhaltung des Gebäudes verursachten, für die Bewohner gesundheitsschädlichen Zustände, namentlich bez. der Feuchtigkeit, Aborte, Wasserversorgungs-[20] und Entwässerungsanlagen zu beseitigen, auch die Höfe, Lichthöfe und Lichtschachte seines Grundstücks ordnungsgemäß zu reinigen (§ 11 Wohnungspflegeges.).

5. Eine behördliche Genehmigung ist landesrechtlich, abgesehen von den unter I erwähnten Fällen, erforderlich:

a) im Gebiet des Baupolizeigesetzes

α) zur Errichtung feuer- und explosionsgefährlicher und solcher gewerblicher Anlagen, welche für die Nachbarn oder das Publikum überhaupt erhebliche Gefahren oder für die Arbeiter gesundheitsschädliche Einflüsse mit sich bringen (§§ 57—73 Baupolizeiges.). Die Erteilung der Genehmigung ist von der Erfüllung einer Reihe feuer- und sanitätspolizeilicher Vorschriften abhängig gemacht. Auch nachträglich kann der Inhaber einer gewerblichen Anlage durch die Baupolizeibehörde zu Änderungen gezwungen werden, wenn sich solche Nachteile oder Belästigungen herausstellen, die bei Herstellung der Anlage nicht vorausgesehen oder vom Inhaber verheimlicht wurden (§ 61 Baupolizeiges.). Soweit aber ein Betrieb auf Grund des Reichsrechts (§ 16 G.O.) genehmigt ist, darf die Baupolizeibehörde besondere Anordnungen zum Schutze des Publikums oder eines Teiles desselben nachträglich nur treffen, falls bei der Genehmigung der Erlaß weiterer Anordnungen ausdrücklich vorbehalten worden ist. Andernfalls sind die baupolizeilichen Anordnungen ungültig;[21]

---

20) Bez. der Reinigung der Wasserkasten, welche nach dem neuen Regul. für die Wasserversorgung v. 13. Juli 1906 beseitigt werden sollen, vgl. Beibl. 1902 Nr. 109, 1903 Nr. 177.

21) Vgl. Beibl. 1906 Nr. 28.

β) zur Errichtung von Gebäuden für Schaustellungen, größere Versammlungen usw., wie Theater, Zirkus usw. (§ 74 Baupolizeiges.);

γ) zur Inbetriebnahme, nicht aber zur Erbauung von Viehställen, bez. deren bestimmte Vorschriften aufgestellt sind (§ 75 G.O.).[22]

b) Im Gebiet der Landherrnschaften bedarf jeder Bau der Genehmigung des Landherrn.[23]

6. Untersagt werden kann die Anlage von Kegelbahnen,[24] für welche bestimmte Vorschriften aufgestellt sind, in der Nähe von Kirchen und anderen öffentlichen Gebäuden (§ 76 Baupolizeiges.).

7. Unter gewissen Voraussetzungen sind die Behörden in bezug auf baurechtliche Verhältnisse zu Eingriffen in das Eigentum berechtigt.

a) Wird bei einem Bau gegen die Vorschriften des Baupolizeigesetzes verstoßen, so kann, abgesehen von der strafrechtlichen Verfolgung, der Eigentümer angehalten werden, die gesetzwidrig gemachten Anlagen abzubrechen oder abzuändern und den entstandenen Schaden zu ersetzen (§ 131 Baupolizeiges.). Verantwortlich sind der Behörde gegenüber der Baumeister für die Bauvorlagen, der Unternehmer für die Bauausführung, soweit nicht andere Personen ein Verschulden trifft (§ 7 Ges. vom 15. April 1896).

b) Erfordern von der Behörde für Wohnungspflege für notwendig erachtete Reparaturen längere Zeit und ist Gefahr im Verzuge oder wird den Anordnungen der Behörde nicht Folge geleistet oder gegen gewisse Vorschriften des Wohnungspflegegesetzes verstoßen, so kann von der Behörde für Wohnungspflege die Räumung einzelner Teile einer Wohnung oder der ganzen Wohnung angeordnet werden (§ 18 Wohnungspflegeges.).[25]

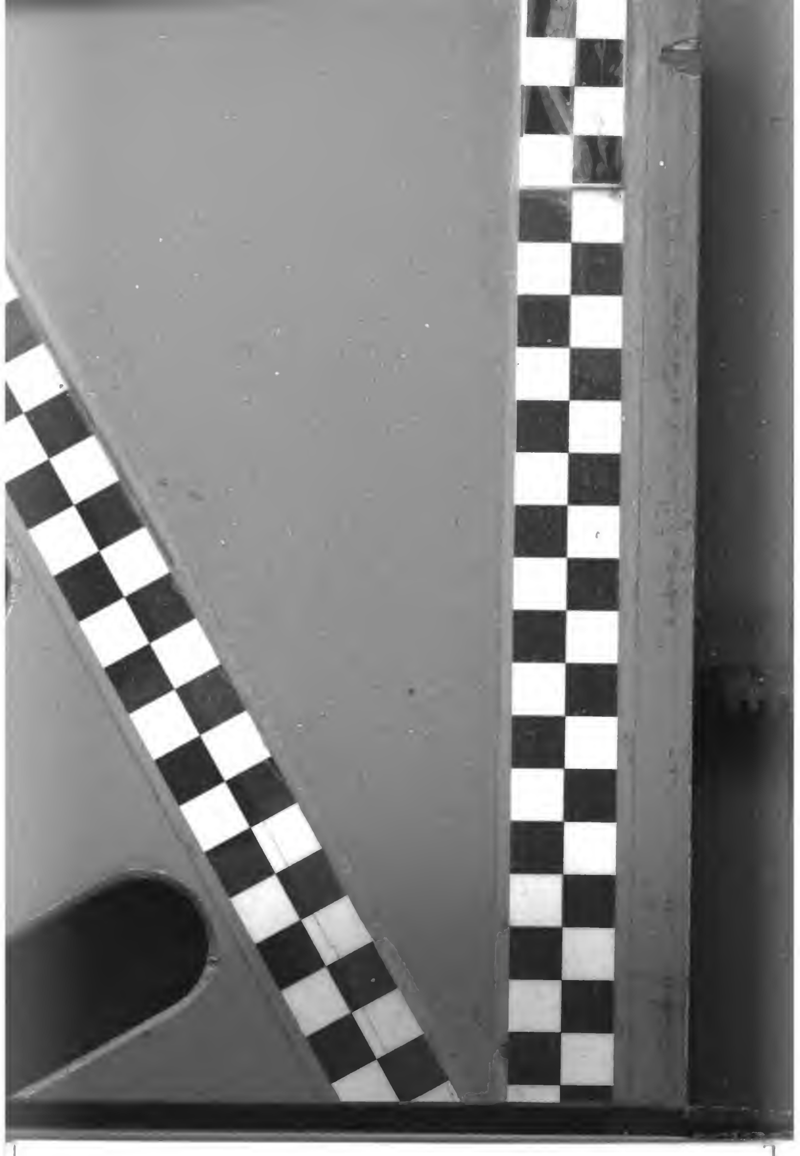
---

22) Das Halten von Schweinen in der Stadt ist durch Mandat v. 27. Sept. 1709 (Wulff II S. 315) verboten. Dasselbe gilt noch, vgl. Beibl. 1904 Nr. 142, 1905 Nr. 187. Der Senat kann Ausnahmen gestatten (Ver. v. 3. Dez. 1894, Wulff II S. 316).

23) Vgl. Niemeyer S. 56.

24) Vgl. hierzu Beibl. 1894 Nr. 128.

25) Auf diesem Wege geräumte oder geschlossene Wohnungen dürfen ihrer ursprünglichen Benutzung erst nach erfolgter Erledigung der behördlichen Anordnungen zurückgegben werden. Über das Verhältnis der Vorschriften des Wohnungspflegegesetzes zu denen des Baupolizeigesetzes vgl. § 18 Abs. 1 des Wohnungspflegeges.



c) Ergeben sich aus dem Zusammenwohnen mehrerer Familien in einer Einfamilienwohnung sanitäre oder sittliche Mißstände, so kann von der Behörde eine bauliche Teilung oder eine zweckentsprechende Veränderung der Wohnung angeordnet werden (§ 11 Abs. 3 Wohnungspflegeges.).

III. Während die unter II erwähnten Beschränkungen zu Schadensersatzansprüchen regelmäßig — vgl. jedoch II 7a — keinen Anlaß geben, entstehen solche unter gewissen Umständen in den Fällen unter I. Wenn auch das gemeine Recht dem Anlieger einer Straße kein Recht auf Entschädigung gewährt, falls die Straße mit obrigkeitlicher Genehmigung verändert wird oder den Anliegern infolge dieser Veränderung gewisse Beschränkungen auferlegt werden, so hat schon nach altem Hamburgischen Gewohnheitsrecht[26] der Anlieger bei Straßenverlegungen und Veränderungen des Niveaus von Straßen, sowie bei Regulierungen öffentlicher Kanäle einen privatrechtlichen Ersatzanspruch gegen den Staat auf die für sein Grundstück herbeigeführte Wertminderung.[27] Das Recht auf Schadensersatz wurde von der Gerichtspraxis einmal mit dem langjährigen Bestande, dann aber auch mit der Erwägung begründet, daß es gegen die Billigkeit und den guten Glauben verstoßen würde, wenn dem Staate, der die Anlieger der öffentlichen Straßen veranlaßt, ihre Bauten nach der Lage und dem Niveau der Straße einzurichten, eine Verlegung der Straße oder Veränderung des Niveaus ohne Entschädigung der Anlieger gestattet sein sollte. Dieser Entschädigungsanspruch wurde teilweise im Baupolizeigesetz von 1865 (§ 87) und ist jetzt im Baupolizeigesetz von 1882 (§ 101) allgemein anerkannt, doch geht er nicht weiter, als in letzterer Vorschrift bestimmt ist.[28] Er ist nach Art. 109 E.G. z. B.G.B. von letzterem unberührt geblieben und wird in einem Verfahren durchgeführt, welches wesentlich mit dem Enteignungsverfahren übereinstimmt.

1. Die Schadensersatzpflicht des Staates tritt ein, wenn durch Regulierung einer Straße oder eines Kanals oder durch Gefäll-

26) Vgl. Beibl. 1871 Nr. 148; 1879 Nr. 30; 1883 Nr. 97; 1888 Nr. 27; 1890 Nr. 152, 162; 1899 Nr. 123; 1900 Nr. 160. Der Satz ist zuerst entwickelt in dem Urteil des Niedergerichts in Sachen Seemann kontra Verordn. Löbl. Kämmerei von 1858.

27) Dieser Grundsatz gilt auch in Ritzebüttel (Beibl. 1888 Nr. 27).

28) Der Anspruch tritt also wesentlich nur ein bei Änderung des Niveaus der Straße, nicht aber z. B. bei einer Beeinträchtigung von Luft und Licht infolge der Veränderung des Straßenzustandes (Beibl. 1907 Nr. 55).

regulierung einer Straße[29] mittels Erhöhung oder Tieferlegung derselben eine Wertverminderung für die angrenzenden Grundstücke erfolgt (§ 101 Baupolizeigeſ.).

Voraussetzung für die Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs ist regelmäßig die rechtzeitige Anmeldung im vorhergegangenen Aufgebotsverfahren (s. § 76 III 2, IV 2 b).

2. Derjenige Schaden ist zu ersetzen, der dem Grundeigentümer aus der Vorschreibung von Straßen- und Baulinien, sowie aus der Feststellung des Bebauungsplanes durch Abtretungen und staatsseitige Übernahmen von Grund und Boden, durch das Verbot des Höherbaues eines vortretenden Gebäudes, sowie durch die sonstigen auferlegten Bau- und Ausnutzungsbeschränkungen eines an einer bestehenden oder mindestens vorläufig fertiggestellten bebauten Straße belegenen Grundstücks erwächst.[30]

3. Maßgebend für den Schadensersatz ist derjenige Zeitpunkt, in welchem der Plan betr. die Straßen- und Baulinien oder der Entwurf des Bebauungsplanes öffentlich ausgelegt ist.

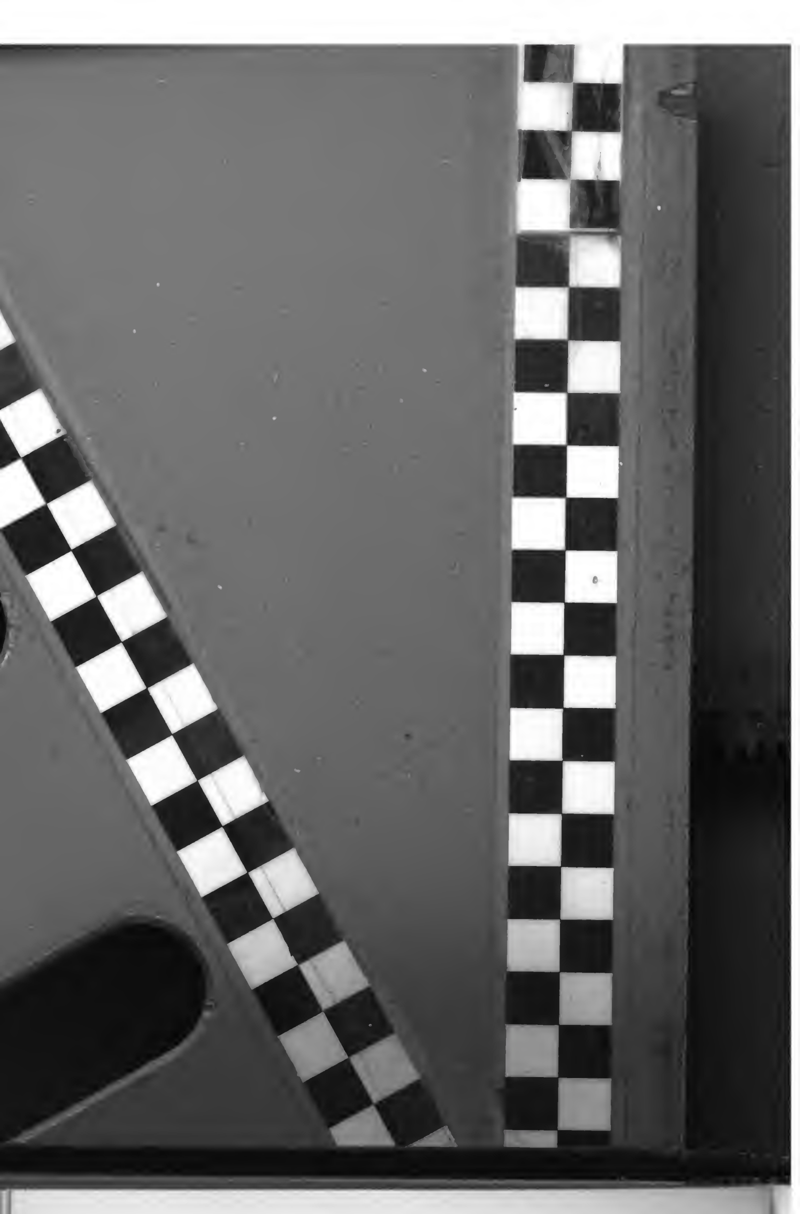
a) Bei Auflegung von Straßen- und Baulinien dürfen nach diesem Zeitpunkte Bauten, welche mit dem Plan im Widerspruch stehen, überhaupt nicht mehr vorgenommen werden. Aus der Vornahme solcher Bauten kann daher ein Schadensanspruch nicht hergeleitet werden (§ 105 Abs. 5 Baupolizeigeſ.).

b) Bei der Feststellung des Bebauungsplanes kommen nach diesem Zeitpunkte vorgenommene Verpachtungen, Vermietungen, Verkäufe, Belastungen für die Entschädigung nicht in Betracht, Veränderungen, die mit dem Grundstück selbst vorgenommen werden, nur insoweit, als sie zur Fortsetzung der bisherigen Benutzungsweise notwendig waren (§ 5 Abs. 1 Bebauungsplangeſ.).

c) Veränderungen, die schon vor diesem Zeitpunkte in der Absicht gemacht worden sind, die Ausführung des Bebauungsplanes zu erschweren, kommen ebenfalls nicht in Betracht (§ 5 Abs. 2 Bebauungsplangeſ.).

4. Bei der Bemessung der Entschädigung hat der Eigentümer sich gewisse Werte auf die Entschädigung anrechnen zu lassen, und zwar:

29) Vgl. hierüber § 88 II.
30) Vgl. § 103 Abs. 2 Baupolizeigeſ.; § 7 Bebauungsplangeſ.



a) bei Auflegung einer Straßenlinie eine sich durch die Neuregulierung für das Grundstück ergebende Werterhöhung, doch kann vom Eigentümer nicht die Zahlung einer den Wert der abzutretenden Fläche übersteigenden Werterhöhung beansprucht werden (§ 103 Abs. 2 Baupolizeiges.);

b) bei der Ausführung des Bebauungsplanes den Wert der für öffentliche Zwecke nicht mehr zu verwendenden bisherigen Teile des öffentlichen Grundes, welche mit seinem Grundstück in unmittelbarem Zusammenhange stehen und die er zu übernehmen hat, und zwar bis zur Höhe der Entschädigungssumme (§ 7 Abs. 2 Bebauungsplanges.).

5. Zu einer Berücksichtigung bei der Bemessung des Ersatzes des durch den Bebauungsplan entstehenden Schadens können nicht führen:

a) Bau- und Ausnutzungsbeschränkungen, welche dem Grundstück bereits früher auferlegt waren und den Eigentümer daher schon vor der Feststellung des Bebauungsplanes banden.[31]

b) Solche Beschränkungen, welche das an einer neu anzulegenden, an einer noch nicht fertiggestellten oder an einer bereits fertiggestellten, aber noch nicht bebauten Straße liegende Grundstück nicht für die nutzbringende Bebauung ungeeignet machen (§ 7 Abs. 3 Bebauungsplanges.).

c) Verbote, Fabriken, Wirtschaften und die Nachbarschaft belästigende Geschätsbetriebe zu errichten (§ 7 Abs. 3 a Bebauungsplanges.).

d) Die Auferlegung hinterer Baulinien in Villenstraßen, wenn das Grundstück an einer Straßenseite belegen ist, an der die bestehende Bebauung die hintere Baulinie nicht überschreitet (§ 7 Abs. 3 c Bebauungsplanges.).

e) Unter gewissen Umständen die Verbote, Etagenhäuser, Wohnhöfe zu errichten, sowie die Auflegung hinterer Baulinien (§ 7 Abs. 3 b Bebauungsplanges.).[32]

f) Die Auferlegung vorderer Baulinien, die höchstens 3 m von der Straßenlinie entfernt sind, wenn der Zwischenraum noch nicht bebaut

31) Solche Beschränkungen können nach § 7 Abs. 2 Bebauungsplanges. dem Grundstück durch frühere Gesetze oder noch zu Recht bestehende landherrliche Verfügungen und Privatverträge oder durch Eintragungen im Grundbuch auferlegt worden sein. Letztere sind durch die Festlegung der Beschränkung im Bebauungsplane publici juris geworden und können nach dem Inkrafttreten des Bebauungsplanes nicht mehr mit der Wirkung aufgehoben werden, daß das Grundstück von den Beschränkungen frei oder der Staat zur Entschädigung verpflichtet wird.

32) Doch kann hier ausnahmsweise in bestimmten Fällen eine Entschädigung gewährt werden.

ist und das Grundstück nicht durch die Baulinie für die nutzbringende Bebauung ungeeignet wird (§ 7 Abs. 4 Bebauungsplangeś.).

g) Die Auferlegung vorderer Baulinien, die höchstens 15 m von der Straßenlinie entfernt sind, wenn die betr. Straßenseite auf zwei Drittel ihrer Länge unbebaut oder mindestens in einem der Baulinie entsprechenden Abstande bebaut ist; eine Entschädigung tritt hier unter denselben Voraussetzungen ein, wie im Falle f (§ 7 Abs. 4 Bebauungsplangeś.).

h) Im Falle der Anlegung einer neuen Straße ein Schaden, der nicht in einer Abtretung von Privatgrund besteht (§ 107 Baupolizeigeś.). Hier berechtigt lediglich die Abtretung des Grundstücks, welche von beiden Seiten verlangt werden kann, zu einer Entschädigungsforderung.[33]

6. Der ordentliche Rechtsweg ist für alle Schadensersatzansprüche ausgeschlossen, soweit sich dieselben aus der Auflegung von Straßen- und Baulinien, sowie den Bebauungsplangesetzen ergeben.[34] Das Verfahren hinsichtlich der Bemessung der Entschädigung richtet sich nach dem Expropriationsgesetz und dem Spezialgesetz vom 5. Mai 1886. Dasselbe wird unten (§ 82 dargestellt werden. Die Schätzungskommission entscheidet nicht nur über die Höhe der dem Grundeigentümer zu gewährenden Entschädigung, sondern auch darüber, ob und inwiewit sich derselbe gewisse Werte auf die Entschädigung anrechnen lassen, ob er z. B. im Falle des § 7 Abs. 2 Bebauungsplangeś. gewisse Grundstücke übernehmen muß.[35] Dagegen ist die Frage, ob dem Grunde nach eine Entschädigung zu gewähren ist, den ordentlichen Gerichten nicht entzogen.[36]

7. Bez. der Rechte der Hypotheken- und Rentengläubiger gelten:

a) falls es sich um die Auflegung einer Beschränkung durch den Bebauungsplan handelt, die Bestimmungen des Expropriationsgesetzes;[37]

b) falls es sich sonst um die Auflegung von Bau- und Straßenlinien und die Anlegung neuer Straßen

33) Vgl. Beibl. 1900 Nr. 139, 1901 Nr. 98.
34) Dazu gehört auch ein Anspruch daraus, daß die Bebauungsplankommission die Sache schuldhaft verzögert habe (Beibl. 1903 Nr. 33).
35) S. § 78 II 1.
36) Vgl. Beibl. 1906 Nr. 108.
37) Vgl. § 12 Abs. 4 Bebauungsplangeś., im einzelnen § 82 VI 5.

handelt, folgende Vorschriften (§§ 105 Abs. 6, 7; 107 Abs. 2 Baupolizeiges.):[38]

α) Eine Vereinbarung, daß die Entschädigung dem Grundeigentümer nicht in Geld geleistet werden soll, bedarf zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung der Hypothekengläubiger.

β) Die Auszahlung der Entschädigung an den Eigentümer darf ohne Zustimmung der Hypothekengläubiger nur nach Tilgung eines entsprechenden Teiles der ersten Hypothek oder der Rente erfolgen.

γ) Erteilen die Hypothekengläubiger in den Fällen α und β ihre Zustimmung oder wird die Entschädigung zur Tilgung eines entsprechenden Teiles der ersten Hypotheken oder Renten verwandt, so können die Hypothekengläubiger ihre Zustimmung zur lastenfreien Abschreibung des betr. Grundstücks nicht verweigern.

8. Wird infolge Auflegung einer Straßen- oder Baulinie oder der Feststellung des Bebauungsplanes ein Privatgrundstück an den Staat abgetreten und zum öffentlichen Grund gezogen, so vollzieht sich der Eigentumsübergang nicht etwa mit der Feststellung der neuen Straßen- oder Baulinie oder des Bebauungsplanes, sondern ebenso wie im Enteignungsverfahren nach den allgemeinen Grundsätzen durch Auflassung und Eintragung der Eigentumsänderung im Grundbuche.

Über den Eigentumsübergang bei dem zur Ausführung des Bebauungsplanes erforderlichen Zusammenlegungsverfahren s. § 75 V.

IV. Die rechtliche Natur der Baubeschränkungen.

1. Die durch die Gesetzgebung den Grundstücken aufgelegten Baubeschränkungen sind öffentlichrechtlicher Natur. Als solche sind sie in das Grundbuch nicht eintragbar und gehen sie ohne weiteres auf jeden Grundstückserwerber über. Insbesondere bedarf es im Zwangsversteigerungsverfahren keiner Anmeldung nach § 3 A.G. z. Z.V.G.

2. Dagegen unterliegen den Bestimmungen des Privatrechts über Grunddienstbarkeiten:

a) die vertraglich zwischen der Bau- oder Finanzdeputation im Namen des Fiskus als des Eigentümers an dem öffentlichen Grunde festgestellten Baulinien,[39] wie sie namentlich beim staatlichen Verkauf von Baugrund häufig vorkommen;

38) Diese Vorschriften sind gedeckt durch Art. 109 E.G. z. B.G.B.

39) Vgl. Beibl. 1888 Nr. 160, 1890 Nr. 148, 161, 1893 Nr. 82, 1894 Nr. 9, sowie § 76 a. E.

b) die Abmachungen, durch welche der Eigentümer eines Grundstücks sich dem Nachbar gegenüber verpflichtet, einen Teil seines Grundstücks mit Rücksicht auf die Zuführung von Luft und Licht im unbebauten (§ 36 Abs. 2 Baupolizeiges.), oder mit Rücksicht auf die Herstellung eines Hofplatzes im unbebauten und zugänglichen Zustande zu erhalten (§ 41 Abs. 4 Baupolizeiges.).[40]

V. Bei Streitigkeiten über Baubeschränkungen wie auch bei Nachbarstreitigkeiten in Bauangelegenheiten ist die Baupolizeibehörde zum Erlaß provisorischer Entscheidungen[41] befugt, welche, falls Gefahr im Verzuge ist, sofort vollstreckbar sind (§ 8 Abs. 3 Baupolizeiges.). Gegen diese Verfügungen ist gemäß § 24 Abs. 2 Verhältnisges. der Rechtsweg sowie auch die Beschwerde an den Senat zulässig (§ 9 Baupolizeiges.).

§ 78. Verhältnis des Privateigentums zum öffentlichen Grunde.

Außer den öffentlichen Baubeschränkungen sind dem Grundeigentum infolge der Nachbarschaft des öffentlichen Grundes noch weitere Verpflichtungen im öffentlichen Interesse auferlegt. Dieselben sind hier zu erwähnen, abgesehen von denjenigen Verpflichtungen, welche dem Straßen- und dem Sielrecht angehören.[1]

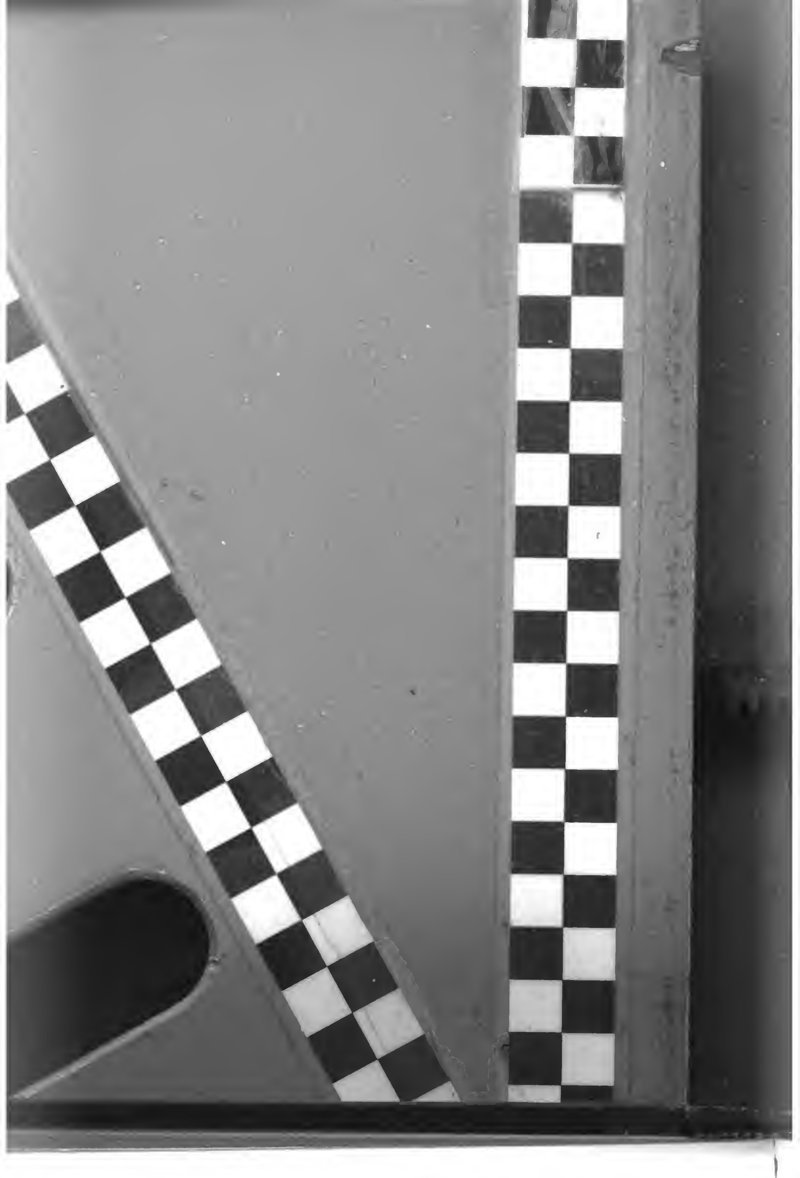
Andererseits sind im Recht auch gewisse Berechtigungen am öffentlichen Grunde zugelassen. Unter dem öffentlichen Grunde ist hier stets dasjenige Grundeigentum zu verstehen, welches öffentliche Sache ist, also außer den öffentlichen Straßen und Wegen auch die Plätze, Wasserstraßen usw. (s. § 61 II).

I. Verpflichtungen des Eigentümers, welche nach Art. 111 E.G. z. B.G.B. aufrechterhalten sind:

1. Der Eigentümer ist verpflichtet, bei Bauten auf seinem Grundstück den anstoßenden Teil des öffentlichen Grundes zu halten (§ 82 Baupolizeiges.), d. h. dafür zu sorgen, daß der Boden des angrenzenden öffentlichen Grundes seine Stütze nicht verliert.

2. Der Privatgrund muß gegen den öffentlichen Grund eingefriedigt werden, soweit nicht die Grenze durch ein Gebäude

40) Vgl. hierüber § 98 II 3.
41) Vgl. hierzu Beibl. 1907 Nr. 104.
1) Bez. des Straßenrechts vgl. §§ 88 ff., bez. des Sielrechts § 94.



gebildet wird (§§ 83, 104 Baupolizeiges., 6 Ges. vom 13. Juli 1898). Doch hat diese Verpflichtung einen verschiedenen Umfang im Gebiet des Bebauungsplangesetzes und demjenigen des Baupolizeigesetzes, in welchem das Bebauungsplangesetz nicht gilt. In beiden Gebieten kann von der Einfriedigung abgesehen werden, falls der vor dem Gebäude an der Straße liegende Raum behufs Benutzung durch das Publikum vom Eigentümer in gleicher Weise wie die Straße eingerichtet und unterhalten wird, im Gebiet des Bebauungsplangesetzes jedoch nur unter der Voraussetzung, daß dem Grundstück eine Baulinie von nicht mehr als 3 m auferlegt ist, oder daß bei weiteren Baulinien die Baupolizeibehörde Befreiung erteilt.

Während im Gebiet des Bebauungsplangesetzes die Einfriedigung für alle Grundstücke obligatorisch ist, besteht sie in dem übrigen erwähnten Gebiet nur für bebaute Straßen und beim ausdrücklichen Verlangen der Baupolizeibehörde oder aber bei der Auflegung einer mit der Straßenlinie nicht zusammenfallenden Baulinie.

Die Höhe der Einfriedigung ist im Gebiet des Bebauungsplangesetzes, falls die Einfriedigung nicht aus lebenden Hecken oder eisernen Gittern besteht, eine solche von höchstens 1 m, nur bei unbebauten und zu gewerblichen oder Lagerzwecken benutzten Grundstücken kann sie bis 2,25 m erstreckt werden. In dem nicht dem Bebauungsplangesetz unterliegenden Gebiet des Baupolizeigesetzes darf sie im Falle der Auflegung einer Baulinie ebenfalls die Höhe von 1 m nicht überschreiten, im allgemeinen ist hier aber eine Mindesthöhe von 85 cm vorgeschrieben.

3. Die auf dem Privatgrunde liegenden, dem Verkehr zugänglichen Kellertreppen, Areas, Kellerlichtkasten und Seitenwände der Kellertreppen müssen mit einer ebenfalls mindestens 85 cm hohen Einfriedigung versehen sein (§ 83 Abs. 2 Baupolizeiges.).

4. Der Eigentümer darf den Ablauf von Kloaken und Düngerstätten nicht auf die öffentliche Straße oder in öffentliche Wasserläufe leiten, auch den Tropfenfall nicht auf die Straßen oder in Kanäle stattfinden lassen (§ 92 Baupolizeiges.).[2]

5. Die Eigentümer solcher Grundstücke, auf denen sich Höfe, Wohnhöfe und Terrassen befinden, müssen diese in reinlichem

2) Über das Hinabwerfen von Schnee und Eis auf die Straßen vgl. § 70 Straßenordn. v. 7. Juli 1902, über die Lagerung und Abfuhr von Unrat §§ 66, 68 ebenda. Vgl. auch §§ 75, 77 Straßenordn.

Zustande erhalten, und falls in ihnen ein öffentlicher Verkehr stattfindet, die Höfe und Durchgänge in ausreichender Weise beleuchten, auch die Befestigungen solcher Höfe und Durchgänge im brauchbaren Zustande erhalten (§§ 71, 74 Straßenordn.).

II. Als allgemeiner Grundsatz gilt, daß die *Benutzung des öffentlichen Grundes zu Anlagen irgendwelcher Art nicht gestattet ist* (§ 84 Baupolizeiges.).[3] Es können aber mit Genehmigung der Behörde gewisse Arbeiten auf diesem Grunde vorgenommen, auch von Privaten dort Bäume gesetzt werden.[4] Von diesen vorübergehenden Gebrauchsrechten unterscheiden sich diejenigen *Sonderberechtigungen, welche dem Privaten eine gewisse rechtlich geschützte Herrschaft über die öffentliche Sache* oder einen Teil derselben *einräumen.*

1. Ein besonders weitgehendes Recht ist *dasjenige auf Abtretung eines Teils des öffentlichen Grundes,* das einem Hauseigentümer zusteht, falls nach dem Bebauungsplane dieser Teil für öffentliche Zwecke nicht mehr verwandt wird. Voraussetzung ist, daß der Teil des öffentlichen Grundes mit dem Grundstück des betr. Eigentümers in unmittelbarem Zusammenhange steht, daß der Teil nicht zur Entschädigung eines benachbarten Grundeigentümers gebraucht wird und der Eigentümer den Schätzungswert bezahlt.

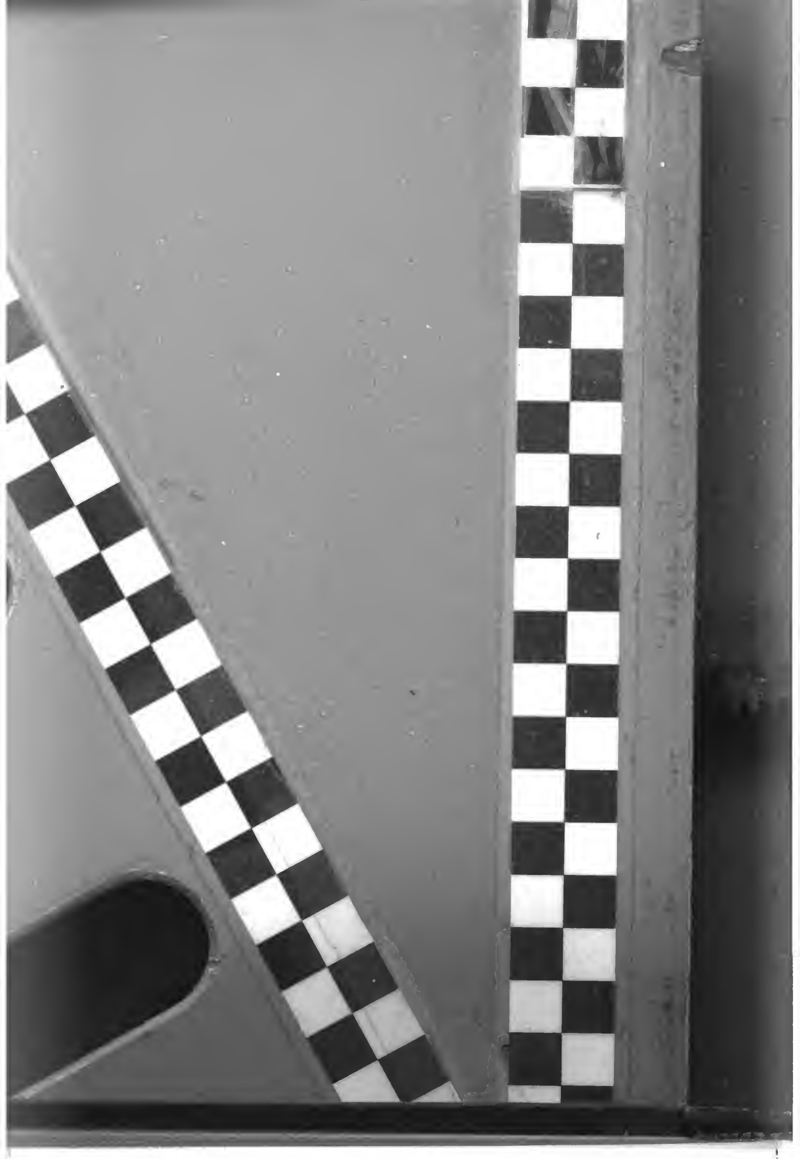
Der Rechtsweg ist für diesen Anspruch ausgeschlossen. Über die Frage, ob dem Eigentümer der Teil des öffentlichen Grundes zu überlassen ist, und die Höhe des Preises entscheidet die Schätzungskommission.[5]

2. Schon nach dem Recht des Statuts (Art. 2 II 20) konnte dem Grundeigentümer ein Recht eingeräumt werden, den benachbarten öffentlichen Grund mit baulichen Anlagen zu versehen. Dies Recht der „*Sperrmaße*“ wurde von dem Kirchspielsherrn gewährt. Es konnte, falls die Anlage verändert oder das Gebäude umgebaut wurde, modifiziert oder zurückgenommen werden, und bedurfte daher in jedem

3) Da diese Bestimmung dem öffentlichen Recht angehört, kommt bei einer ihr zuwiderlaufenden Grenzüberschreitung nicht § 912 B.G.B. zur Anwendung; vgl. Beibl. 1906 Nr. 213.

4) Vgl. §§ 13, 14, 85, 86 Baupolizeiges., §§ 48—52, 77 Straßenordn. v. 7. Juli 1902. In den Fällen der Straßenordnung handelt es sich durchweg um die Erlaubnis der Benutzung der öffentlichen Straße zu einem vorübergehenden Zweck, welche die Polizeibehörde geben kann. Doch kann sie auch die Errichtung von Verkaufsständen auf öffentlicher Straße genehmigen (§ 52 Straßenordn.).

5) Vgl. § 7 Abs. 2 Ges. v. 30. Dez. 1892 betr. den Bebauungsplan. S. auch § 77 III 6.



solchen Falle einer neuen Bewilligung; bis dahin bestand jedoch für den Grundeigentümer ein nicht anders als durch Zwangsenteignung und gegen Entschädigung entziehbares Recht. Bloße Reparaturen waren ohne besondere Konzession zulässig.[6]

Das Bestreben des Rats war ständig darauf gerichtet, die Sperrmaßberechtigungen einzuschränken. Doch scheiterten alle Versuche nach dieser Richtung an dem Widerspruche der Bürger. So verlangten die Entwürfe der Baupolizeigesetze von 1845 und 1862 für jede Reparatur an einem Sperrmaßgegenstande eine besondere behördliche Erlaubnis. Im Baupolizeigesetz von 1865 wurde jedoch der alte Zustand unverändert aufrechterhalten und diese Regelung ist auch im wesentlichen in das Baupolizeigesetz vom 23. Juni 1882 (§§ 88, 89) übergegangen.[7] Der Gesetzgeber hat sich dabei von einem gewissen Wohlwollen gegen den Grundeigentümer leiten lassen und ist das Gesetz in diesem Sinne auszulegen.[8]

a) Unter der Sperrmaße versteht man sowohl das Recht selbst als auch den dem Privatgrundstück zur Benutzung eingeräumten Grund. Diejenigen Bauteile des Privatgrundstücks, durch welche das Recht ausgeübt wird, die also auf dem in Frage kommenden Teile des öffentlichen Grundes errichtet sind, bezeichnet das Gesetz als „Sperrmaßgegenstände".[9]

b) Der Grundeigentümer hat ein wahres und unzweifelhaftes Privatrecht auf die bestehenden Sperrmaße. Daraus ergibt sich, daß das Recht nicht willkürlich, sondern nur gegen Entschädigung widerrufen werden kann. Der Inhalt und Umfang des Rechts richtet sich nach der Verleihung, bei Sperrmaßen aus alter Zeit nach dem tatsächlich bestehenden Zustande. Allgemeine Vorschrift ist aber, daß Kellertreppen, Lichtkasten und Areas als Sperrmaßgegenstände mit einer vorgeschriebenen Einfriedigung oder in Trottoirhöhe mit engen Eisengittern zu versehen sind, deren Stäbe rechtwinklig zur Hausfront liegen müssen (§ 89 Baupolizeiges.).

---

6) Vgl. über die Geschichte der Sperrmaßberechtigung Gries II S. 83; Baumeister I S. 145; Beibl. 1892 Nr. 80, 1893 Nr. 149, 1894 Nr. 12, 1895 Nr. 3.

7) In dem Entwurf eines neuen Baupolizeigesetzes von 1899 hat der Senat wiederum versucht, eine Beseitigung aller Sperrmaßgegenstände binnen 10 Jahren zu erreichen, doch hat die Bürgerschaft beschlossen, den bisherigen Zustand aufrechtzuerhalten (vgl. Sten. Ber. der Bürg. 1907 S. 84 f.).

8) Vgl. Beibl. 1893 Nr. 149, 1898 Nr. 144.

9) Vgl. Beibl. 1893 Nr. 142 I.

c) Das Recht auf die Sperrmaße erlischt:

α) bei jeder wesentlichen Veränderung in der Front des Gebäudes, welche mit der Sperrmaße in Verbindung steht. Die Veränderung des Gebäudes muß also nicht nur mit der Sperrmaße in Verbindung stehen, sondern auch wesentlicher Art sein.[10] Der Begriff des Wesentlichen bei der Veränderung in der Front ist hauptsächlich nach der Beziehung der Veränderung zu der Sperrmaße zu beurteilen.

β) bei jeder Erneuerung oder Veränderung der Sperrmaßgegenstände oder eines Teiles derselben. Das Gesetz unterscheidet zwischen bloßen Reparaturen und einer ganzen oder teilweisen Erneuerung der Sperrmaßgegenstände oder eines Teiles derselben, d. h. nicht eines Teiles eines einzelnen Gegenstandes, sondern eines Teiles der gesamten Sperrmaßgegenstände. Es versteht unter teilweiser Erneuerung nur den Fall, daß es sich um den Ersatz unbrauchbar gewordener und deshalb zu entfernender, für den ganzen Bestand der Sache wesentlicher Teile handelt. Hierunter fallen nicht bloße Reparaturen, welche nur in der Wiederbefestigung eines gelockerten, aber für die Brauchbarkeit der Sache nicht entscheidenden Verbandes einzelner Teile oder in der Pflege des äußeren Ansehens oder ähnlichen für die Erhaltung der zur Zeit an sich noch gebrauchsfähigen Sache zwar nützlichen, aber nicht gerade notwendigen, wesentlich nur vom Ordnungssinne veranlaßten Maßregeln bestehen.[11]

In den beiden Fällen sub α und β kann die Baupolizeibehörde ausnahmsweise die Berechtigung hinsichtlich derjenigen Gegenstände erneuern, deren gänzliche Einziehung nur mit unverhältnismäßigen Opfern erreichbar ist; sie kann dabei besondere Bedingungen hinzufügen.

γ) falls der Grundeigentümer sich freiwillig zur gänzlichen oder teilweisen Beseitigung vorhandener Sperrmaßgegenstände gegen Gestattung der Anbringung weniger hervortretender erbietet. In diesem Falle kann die Baupolizei gestatten, daß weniger vortretende Sperrmaßgegenstände angebracht werden, wenn dadurch ein unzweifelhafter Vorteil für den öffentlichen Verkehr zu erreichen ist. An und für

10) Vgl. Wulff II S. 101 Anm. 2; Beibl. 1889 Nr. 29, 55, 1893 Nr. 142 I.
11) Vgl. Beibl. 1892 Nr. 80, 1893 Nr. 149.

sich hat die Behörde nicht das Recht, von dem Grundeigentümer zu fordern, daß er seine Sperrmaße zurückzieht.

d) Das Recht der Reparatur steht dem Grundeigentümer dagegen frei. Bis zum Jahre 1890 war dies nicht zweifelhaft. Damals versuchte die Baupolizeibehörde indessen den Standpunkt durchzusetzen, daß jede Reparatur eine teilweise Erneuerung sei und daher der besonderen Genehmigung bedürfe. Dieser Standpunkt ist von den Gerichten auf das entschiedenste zurückgewiesen worden.[12]

Danach hat als Reparatur zu gelten, was der gemeine Sprachgebrauch mit diesem Worte bezeichnet. Im allgemeinen ergibt sich die Begriffsbestimmung aus dem, was unter c über die teilweise Erneuerung gesagt worden ist. So ist z. B. regelmäßig als Reparatur aufgefaßt worden die Wiederherstellung eines ausgetretenen und schadhaft gewordenen Belags von Treppenstufen ohne Rücksicht darauf, ob es sich um Belag aus Zement oder aus Zement mit einer die Abnutzung der Stufen erschwerenden eisernen Kante oder aus Brettern handelt.

Bei den Reparaturen kann die Baupolizei aber Beschränkungen anordnen, welche einerseits dem Umfange der Reparatur, andererseits dem Bedürfnis des Verkehrs entsprechen. Als Objekt dieser Beschränkung ist die Sperrmaßvergünstigung anzusehen. Die Behörde darf die Reparatur nicht selbst beschränken, sondern nur dem Grundeigentümer bei der Vornahme der Reparatur solche Opfer auferlegen, welche in Ansehung des Umfanges der Arbeiten und der dadurch bedingten Kosten ihm ohne Unbilligkeit im Interesse des Verkehrs zugemutet werden können; es kann nicht eine völlige Um- oder Neugestaltung des Sperrmaßgegenstandes gefordert werden.[13]

e) Provisorische Sperrmaßgegenstände sind gestattet, falls zur Zeit eines Neu- oder Umbaues an einer bestehenden Straße deren richtige Straßenhöhe noch nicht vorhanden ist oder noch nicht sofort nach Vollendung des Baues hergestellt werden kann. In diesem Falle hat der Anlieger ein Recht auf die Sperrmaße, bis die richtige Straßenhöhe hergestellt ist. Ist letztere hergestellt, so muß der Grundeigentümer oder sein Nachfolger die provisorischen Sperrmaßgegenstände wieder beseitigen und das Gebäude auf seine Kosten an die

12) Vgl. Beibl. 1892 Nr. 80, 1893 Nr. 142, 149, 1894 Nr. 12, 1895 Nr. 3, 1898 Nr. 144.
13) Vgl. Beibl. 1894 Nr. 12, 1895 Nr. 3.

richtige Straßenhöhe anschließen (§§ 11 Baupolizeigeſ., 10 Abſ. 2 Bebauungsplangeſ.).

3. Das Bauen ſog. Ausluchten auf öffentlichem Grunde war durch das Statut (Art. 4 Stat. II 20) geſtattet, doch wurden die Ausluchten, ſowohl an der Vorder- als der Hinterſeite der Häuſer, durch den Rat- und Bürgerſchluß vom 2. September 1723 unterſagt.[14] Aus älterer Zeit beſtehen aber noch ſolche auf öffentlichem Grund errichtete Bauteile. Dieſe Ausluchten werden vom Baupolizeigeſetz anerkannt, doch darf keine Reparatur an der Auslucht ohne Genehmigung der Baupolizei vorgenommen werden. Erfolgt die Reparatur trotzdem, ſo iſt die Auslucht abzubrechen (§ 91 Baupolizeigeſ.).

Die Auslucht ragt in den öffentlichen Raum hinein, kann aber auch mit dem Boden feſt verbunden ſein;[15] ſie wird rechtlich als zu dem Eigentum an dem Privatgrundſtück, von dem ſie ausgeht, gehörig betrachtet.[16]

Der Eigentümer des Grundſtücks kann in Form einer beſchränkt perſönlichen Dienſtbarkeit die Verpflichtung übernehmen, das Ausluchtrecht ebenſo wie die Sperrmaße von einem beſtimmten Zeitpunkte nicht mehr auszuüben. Dieſe Dienſtbarkeiten können in das Grundbuch eingetragen werden.[17]

4. Soweit die Grundeigentümer aus früherer Zeit her Kaſematten unter dem öffentlichen Grunde beſitzen, müſſen ſie ſich Veränderungen an denſelben oder deren Beſeitigung, ſoweit ſie im öffentlichen Intereſſe liegen, jederzeit gefallen laſſen (§ 87 Abſ. 1, 2 Baupolizeigeſ.). Reparaturen an beſtehenden Kaſematten ſind nur mit Genehmigung der Baupolizei geſtattet, die aber in dieſem Falle die gänzliche Beſeitigung der Kaſematten verlangen kann.[18]

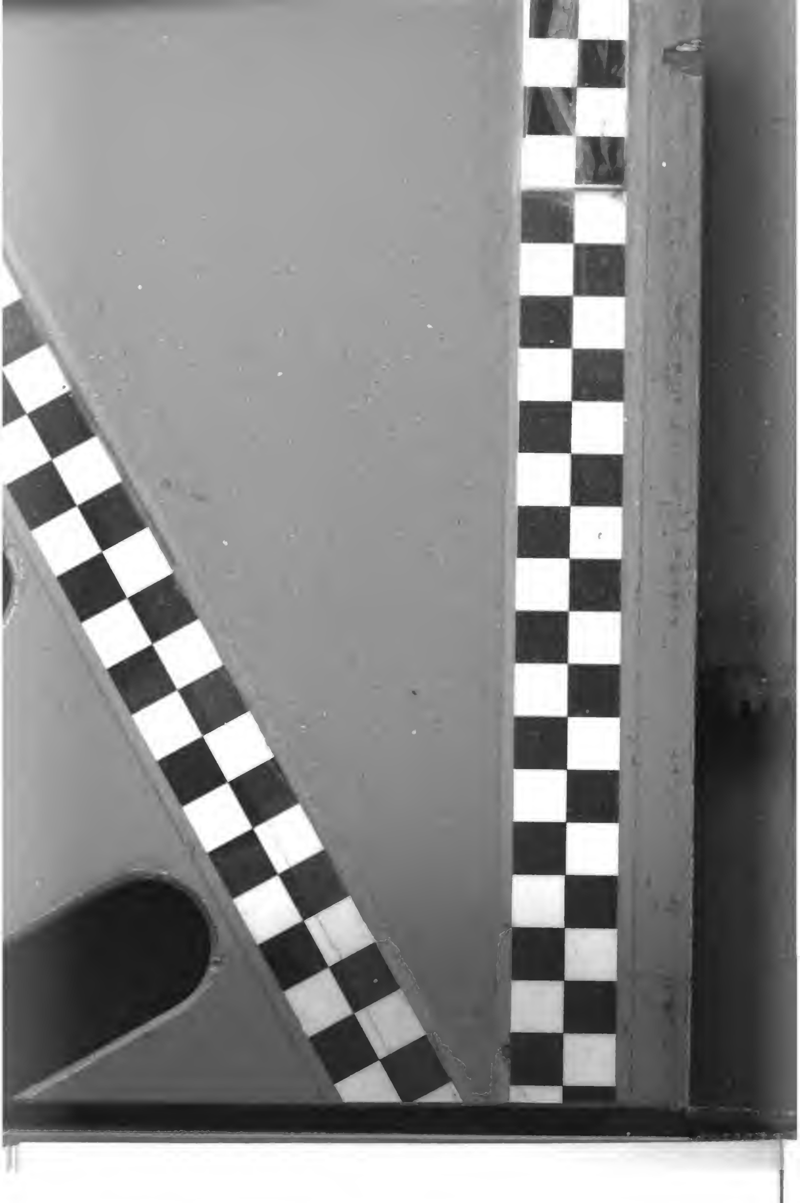
5. Der Grundeigentümer darf

a) hart am Gebäude in den Trottoirs Öffnungen zum Einbringen von Brennmaterial anbringen (§ 87 Abſ. 3 Baupolizeigeſ.),

b) den unterſten Abſatz des Fundaments ſeines Gebäudes und die Futtermauern vor den Kellern auf dem öffentlichen Grunde vortreten laſſen (§ 87 Abſ. 4 Baupolizeigeſ.).

---

14) Vgl. Gries II S. 84; Baumeiſter I S. 144.
15) Vgl. Amtsger.Samml. VI S. 78.
16) Vgl. Beibl. 1871 Nr. 53, 71; Amtsger.Samml. 1905 S. 1.
17) Vgl. Amtsger.Samml. 1905 S. 1.
18) Vgl. Wulff II S. 100 Anm. 1; Beibl. 1888 Nr. 6.



In beiden Fällen wird das Recht dadurch begrenzt, daß der bestehende öffentliche Gebrauch durch die Mitbenutzung des öffentlichen Grundes seitens des Privaten nicht beeinträchtigt werden darf. Sind aber Anlagen dieser Art mit ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung der Baupolizeibehörde errichtet worden, so darf dem Anlieger diese Art der Benutzung des öffentlichen Grundes ohne Entschädigung nicht entzogen werden.[19]

6. Hinsichtlich der Benutzung des Luftraumes über dem öffentlichen Grunde an öffentlichen Straßen sind besondere Vorschriften getroffen worden (§ 90 Baupolizeigesetz.).

a) Bis zur Höhe von 2,25 m über dem Trottoir an der Straßenseite, bis zu 9 m über der Elbe und 2,50 m über den sonstigen Gewässern darf der Luftraum nur zur Anbringung von Schaukasten und Schildern, die nicht mehr als 0,15 m hervorragen, benutzt werden.[20]

b) Über diese Höhe hinaus dürfen ausschlagende Fenster, Speichertüren, Luken, Gesimse, Fenstersohlbänke und architektonische Verzierungen, auch Aushängeschilder und sonstige Aushängezeichen von bestimmter Beschaffenheit, sowie Markisen ohne weitere Genehmigung, sonstige Anlagen nur mit Erlaubnis der Baupolizei angebracht werden.[20]

c) Balkone und Ausbauten über dem öffentlichen Grunde sind nur an Straßen und Gewässern von mindestens 14 m Breite zulässig, dürfen nur höchstens 1,40 m vortreten und in einer Entfernung von mindestens 1 m von der Nachbargrenze beginnen, falls nicht der Nachbar einen geringeren Abstand zuläßt.[21]

Besondere, sehr detaillierte Vorschriften bestehen nach §§ 104 Baupolizeiges., 3 Ges. vom 13. Juli 1898 betr. Überschreitung von Baulinien u. w. d. a. für Vorbauten und Ausbauten über die Baulinie hinaus.

§ 79. Der Kämmereikontrakt.[1]

I. Staatliche Grundstücke wurden Privaten früher häufig auf Grund eines sog. Kämmereikontraktes übertragen und vigore contractus aerarii im Grundbuch zugeschrieben. Der Private erlangte

19) Vgl. Beibl. 1902 Nr. 111.

20) Vgl. §§ 90 Baupolizeiges., 59 Straßenordn. Bei den Aushängeschildern und -zeichen, den Schaukasten, Schildern und Markisen handelt es sich um den Luftraum über der öffentlichen Straße im Sinne der Straßenordnung (vgl. § 88).

21) Vgl. § 90 Abs. 2 Baupolizeiges.; Wulff II S. 103 Anm. 2.

1) Vgl. Baumeister I S. 102; Niemeyer S. 53; Mittelstein, Grundeigentum und Hypotheken S. 23 f.; Wulff III S. 293 Anm. 3.

dadurch ein dem Eigentum analoges dingliches Recht, welches durch Universal- und Singularsukzession übertragbar war und vom Berechtigten mit Hypotheken belastet werden konnte.[2] Es wurde als ein Erbpachtrecht angesehen.[3] Das Benutzungs- und Verfügungsrecht des Privaten war belastet mit dem Rechte des Staates, unter gewissen, im Kämmereikontrakte enthaltenen Voraussetzungen, aber nicht etwa beliebig, das Grundstück zurückfordern zu dürfen.

Der aus dem Kämmereikontraktenbuche ersichtliche Kämmerei- oder Kammerkontrakt galt als integrierender Teil der Zuschreibung. Seit dem Gesetz vom 4. Dezember 1868 (§ 8) können solche Verträge nicht mehr neu in das Grundbuch eingetragen werden.

II. Sowohl nach Art. 63 E.G. z. B.G.B., welcher das Erbpachtrecht aufrechterhält, wie auch nach Art. 184 E.G. z. B.G.B. sind die nach dem Kämmereikontrakt auf dem Grundstücke haftenden Beschränkungen des alten Rechts in Kraft geblieben.[4] Daraus ergeben sich für die vigore contractus aerarii zugeschriebenen Grundstücke folgende Sätze:

1. Jeder Erwerber unterwirft sich dadurch, daß er das Grundstück auf sich umschreiben läßt, den Bedingungen des Kämmereikontrakts[5] und erwirbt das Grundstück nur unter diesen Bedingungen, auch wenn er den Kontrakt selbst nicht im einzelnen kennt.

2. Ist der Kontrakt in der Eintragung nicht näher bezeichnet, so ist es derjenige Kontrakt, welcher bei der ersten Eintragung zugrunde gelegt ist.[6]

3. Bilden einen Teil des Kontrakts die Grundrisse, so sind auch diese Teil der Zuschreibung und für den Umfang und die Grenzen des Grundstücks maßgebend.[7]

---

2) Vgl. Beibl. 1896 Nr. 158.

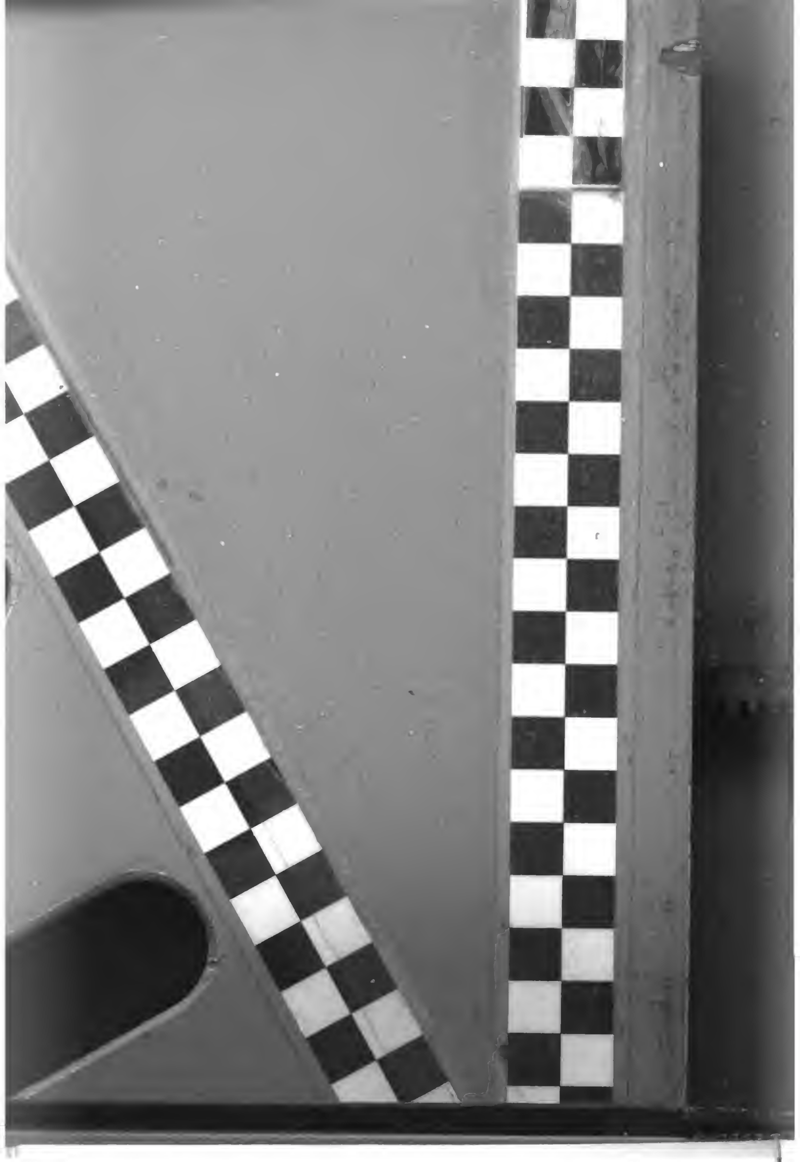
3) So sieht das Reichsgericht in Beibl. 1896 Nr. 71 den Kämmereikontrakt an.

4) Vgl. Beibl. 1905 Nr. 83.

5) Dies ist in Abt. II des Grundbuchs zu vermerken. Das Grundbuchamt hat darauf hinzuwirken, daß eine Abschrift des Kontrakts zu seinen Akten kommt (Nr. 40 Geschäftsanw. für die Grundbuchämter).

6) Vgl. Beibl. 1874 Nr. 16, 48; Wulff III S. 293 Anm. 3; Mittelstein S. 23 Anm. e. Es braucht regelmäßig nur der erste Kontrakt unterzeichnet zu werden. Eine feste, auf Gewohnheitsrecht oder einem seit unvordenklicher Zeit bestehenden Herkommen beruhende Übung, nach welcher bei jedem Eigentumsübergang der Vertrag von neuem zu unterzeichnen war, bestand nicht; vgl. Beibl. 1905 Nr. 83.

7) Vgl. Mittelstein S. 24 Anm. f; Beibl. 1875 Nr. 151; 1876 Nr. 43; 1880 Nr. 74.



4. Die Klauseln, welche der Kontrakt enthält, sind strikt auszulegen, falls die Parteien nicht die ursprünglichen Kontrahenten sind.[8]

Von den üblichen Klauseln sind hervorzuheben:

a) Die Klausel, daß das Grundstück „bei gemeiner Stadt Notdurft“ oder „sobald die Stadt dessen wegen der Festung oder sonst benötigt sei“ zurückzugeben sei, ermächtigt den Staat zur Rückforderung, sobald das Grundstück oder ein Teil desselben für öffentliche Zwecke irgendwelcher Art und zum allgemeinen Besten, z. B. wegen Hafenerweiterung, Straßenverbreiterung, sei es auch zur bloßen Verschönerung, gebraucht wird.[9] Im Zweifel ist das Grundstück ohne eine staatliche Entschädigung zurückzugeben. Eine solche Entschädigung muß besonders vereinbart sein.[10]

b) Die Klausel, daß das Grundstück, „solange die Stadt es dulden will“, zugeschrieben ist, hat die Bedeutung, daß der Staat jederzeit Rückgabe des Grundstücks fordern kann.[11]

5. Ist dem Erwerber nur die Pflicht auferlegt, das Grundstück später zurückzugeben, so kann er, abgesehen von dieser Verpflichtung, über das Grundstück wie ein Eigentümer verfügen, insbesondere dasselbe mit Hypotheken belasten, veräußern und vermieten.[12]

6. Die Rückgabe des vigore contractus aerarii zugeschriebenen Grundstücks an den Staat stellt sich als Erfüllung einer vertraglichen Verbindlichkeit, nicht als ein Enteignungsakt dar.[12]

7. Die Leistungen, welche dem Erwerber des Grundstücks in Form von Grundmieten oder Renten auferlegt sind, fallen nicht unter die Verordnung vom 29. Juni 1849 betr. die Aufhebung und Ablösbarkeit der Abgaben und Leistungen und sind nicht nach dieser Ver. ablösbar.[13]

---

8) Vgl. Mittelstein S. 24 Anm. e; Niemeyer S. 53; Beibl. 1865 Nr. 222; 1874 Nr. 16, 48, 96, 144. Über die Klausel, daß der Fassadenriß der Front der Baudeputation zur Genehmigung vorzulegen ist, vgl. Beibl. 1900 Nr. 57.

9) Vgl. Beibl. 1874 Nr. 96, 144; 1895 Nr. 114; 1896 Nr. 71. Ein alleiniges finanzielles Interesse des Staates, durch die Wiederveräußerung des Grundstücks ein gutes Geschäft zu machen, genügt nicht (Beibl. 1898 Nr. 128).

10) Vgl. Beibl. 1898 Nr. 128.

11) Vgl. Beibl. 1874 Nr. 123; 1875 Nr. 118; Niemeyer S. 53; Wulff III S. 293 Anm. 3 Abs. 2.

12) Vgl. Beibl. 1895 Nr. 114; 1896 Nr. 158; 1898 Nr. 128 S. 212. Daraus folgt, daß, auch wenn die Bestimmung der vom Staate zu gewährenden Entschädigung der Schätzungskommission überwiesen ist, doch nicht der „volle“ Wert im Sinne des Expropriationsgesetzes zu gewähren ist.

13) Vgl. § 6 obiger Verordnung (Wulff III S. 302).

§ 80. Eigentumsbeschränkungen des Nachbarrechts.

In weitem Umfange sind auf dem Gebiete des Nachbarrechts landesrechtliche Bestimmungen zugelassen. Nach Art. 124 E.G. z. B.G.B. sind die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt geblieben, welche das Eigentum an Grundstücken zugunsten der Nachbarn noch anderen als den im B.G.B. bestimmten Beschränkungen unterwerfen. Dies gilt insbesondere von den Vorschriften, nach welchen Anlagen nur in einem bestimmten Abstande von der Grenze gehalten werden dürfen.

Die Art. 122, 123 E.G. z. B.G.B. sind für Hamburg ohne Bedeutung, da weder über Obstbäume besondere nachbarrechtliche Vorschriften bestehen, noch auch Vorschriften das Recht des Notweges zum Zweck der Verbindung mit einer Wasserstraße oder Eisenbahn regeln. Auch Art. 124 kommt insoweit nicht in Betracht, als er Vorschriften über den Abstand von Bäumen und Sträuchern von der Nachbargrenze zuläßt.

I. Der Rechtszustand auf dem Gebiete des Nachbarrechts war in Hamburg früher ein verwickelter. Der größte Teil der nachbarrechtlichen Vorschriften ist in den Baupolizeigesetzen von 1865 und 1882 enthalten, was zur Folge hat, daß diese Vorschriften nicht bloß rein privatrechtlicher Natur sind, sondern auch öffentlichrechtlichen Charakter haben und die Polizeibehörde ihre Befolgung durch Strafandrohungen (§ 131 Baupolizeiges.) erzwingen kann.

1. Bis zum 1. Januar 1866, dem Inkrafttreten des Baupolizeigesetzes vom 3. Juli 1865, galten im Hamburgischen Staatsgebiete, abgesehen von Bergedorf, hinsichtlich des Nachbarrechts die Vorschriften von Stat. II 20, neben welchen noch einzelne Bestimmungen des gemeinen Rechts in Kraft geblieben waren. Dieser Rechtszustand ist für die in jener Zeit entstandenen Bauten noch heute maßgebend.

2. Für die Stadt einschl. St. Pauli und St. Georg wurden die Vorschriften des Nachbarrechts hinsichtlich der Neubauten und Reparaturen durch das Gesetz vom 3. Juli 1865 [1] neu geregelt, während im übrigen Staatsgebiete, insbesondere auch in den Vororten, zunächst noch das Recht des Statuts in Kraft blieb.[2]

3. Durch das Baupolizeigesetz vom 23. Juni 1882 wurde das Nachbarrecht wieder neu geregelt, doch kommt dasselbe nur für solche Bauten und Reparaturen in Betracht, welche nach dem 23. Juni 1882 errichtet und vorgenommen worden sind. Die Bestimmungen des Bau-

1) Vgl. §§ 64—68, 95 (Samml. der Verordn. usw. 33 S. 269 ff.).
2) Vgl. Beibl. 1896 Nr. 65.

polizeigesetzes gelten auch für die Vororte, dagegen nicht für das Landgebiet.

4. Die Frage, ob neben dem B.G.B. Vorschriften des Statuts oder eines der Baupolizeigesetze in Kraft geblieben sind, richtet sich in erster Linie danach, zu welcher Zeit, in zweiter Linie danach, in welchem Teile des Staatsgebiets ein Bau errichtet worden ist. Für neue Bauten und Reparaturen kommen neben dem B.G.B. in der Stadt Hamburg einschl. der ehemaligen Vororte die Vorschriften des Baupolizeigesetzes, in dem übrigen Staatsgebiete mit Ausnahme der Landherrnschaft Bergedorf die Vorschriften des Statuts in Betracht.

II. Die ausschließlich dem Reichsrecht angehörenden Bestimmungen über das Nachbarrecht werden hier nicht dargestellt. An landesrechtlichen Vorschriften kommen folgende in Betracht:

1. Das Fensterrecht beschränkt das Recht des Grundeigentümers zur Anlegung von Fenstern[3] an der Nachbargrenze. Hierüber enthält das B.G.B. keine Vorschriften. Mithin sind die früheren landesgesetzlichen Bestimmungen in Geltung geblieben.

a) Für diejenigen Grundstücke, welche in dieser Beziehung dem Statut (Art. 8 II 20) und dem Baupolizeigesetz von 1865 (§ 65) unterliegen (s. unter I), gilt der Satz, daß in einer Wand, die näher als zwei Fuß von der Nachbargrenze liegt, Fenster, Licht- und Luftlöcher überhaupt nicht angelegt werden dürfen.[4] Die Nachbarschaft darf aber nicht durch einen Zwischenplatz, z. B. einen öffentlichen Weg, getrennt sein. Das Verbot erstreckt sich sowohl auf stehende Fenster, d. h. solche, welche überhaupt nicht oder nur durch Schieben geöffnet werden können, als auch auf einschlagende, d. h. nach innen zu öffnende, und auf aufschlagende, d. h. nach außen zu öffnende Fenster.

b) Nach dem Baupolizeigesetz von 1882 (§ 78), welches bei der Neuanlage von Fenstern für das ganze Hamburgische Stadtgebiet zur Anwendung kommt, ist zu unterscheiden zwischen Wänden, die parallel oder in spitzem Winkel und solchen, die recht- oder stumpfwinkelig zueinander stehen. Im ersteren Falle dürfen keine Fenster, Türen oder Luftöffnungen in einer näher als 1 m an der Nachbargrenze liegenden

---

3) Maueröffnungen, die mit undurchsichtigen, nur durchschimmernden Glassteinen, d. i. Mauersteinen mit Glas, geschlossen sind, sind keine Fenster, sondern Stücke der Mauer (Beibl. 1906 Nr. 48).

4) Vgl. Baumeister I S. 139; Niemeyer S. 61; Brandis-Abraham S. 415; Beibl. 1880 Nr. 74. Auch undurchsichtig gemachte Fenster dürfen nicht angebracht werden.

Mauer oder Wand, im letzteren Falle in einer näher als 30 cm liegenden Wand angebracht werden.[5] Im übrigen gilt hier auch, was zu a ausgeführt ist.

c) Gegenüber diesen Beschränkungen können von den Nachbarn Dienstbarkeiten erworben werden, die auch nach altem Recht in Abweichung von den sonstigen Vorschriften über Servituten der Eintragung im Grundbuch bedurften. S. § 98 II 1.

d) Die gesetzwidrig angebrachten Fenster sind zu entfernen, ohne daß ein besonderes Interesse hieran nachgewiesen zu werden braucht.[6]

2. Nach dem in Hamburg neben dem Statut und den Baupolizeigesetzen geltend gebliebenen gemeinen Recht[7] muß sich der Eigentümer die Ausbauchung der Mauer des Nachbarn bis zu einem halben Fuß gefallen lassen. Dieser Grundsatz erstreckt sich nicht darauf, daß bei einem Neubau einen halben Fuß in den Luftraum des Nachbars eingedrungen werden darf, sondern auf ein nachträgliches Ausbauchen der Mauer aus der lotrechten Linie und ein dadurch bewirktes Hinüberragen in die Luftsäule des Nachbargrundstücks. Beträgt die Ausbauchung mehr als einen halben Fuß, so hat der Nachbar einen Anspruch auf Beseitigung der ganzen vorhandenen Ausbauchung, nicht etwa bloß auf Beseitigung des einen halben Fuß überschreitenden Teiles der Ausbauchung.[8]

Im übrigen richtet sich die Frage des Überbaues jetzt nach dem B.G.B. (§§ 912—916). Wenn das Statut (Art. 15 II 20) jeden Eigentümer, der übergebaut hatte, verpflichtete, auf die Aufforderung des Nachbarn seine Mauer zurückzuziehen, so gilt dies jetzt nur noch für den Fall, daß dem Bauenden Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, oder der Nachbar vor oder sofort nach der Grenzüberschreitung Widerspruch erhoben hat. Sonst muß der Nachbar den Überbau gegen eine Geldrente dulden.[9]

---

5) Nach dem Entwurf des neuen Baupolizeigesetzes sollen zur Erleuchtung von Innenräumen, für welche Fenster nicht vorgeschrieben sind, in den mindestens 1 m von der Nachbargrenze entfernten Wänden fest eingemauerte Verschlüsse aus Drahtglas, Glasziegel oder ähnlichem nicht durchsichtigem Material zugelassen werden.

6) Vgl. Beibl. 1880 Nr. 74; 1891 Nr. 167. Demgegenüber wird § 226 B.G.B. über die Schikane nur mit großer Vorsicht angewandt werden dürfen.

7) Vgl. Beibl. 1884 Nr. 157; 1887 Nr. 102; 1891 Nr. 58; Niemeyer S. 62; Windscheid-Kipp, Pand. I § 169 Nr. 2.

8) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 143.

9) Dies bezieht sich auch auf Überbauten, die schon unter altem Recht stattgefunden haben (Entsch. des R.G. 47 S. 360; Jur. Wochenschrift 1900

3. Bezüglich **baulicher Anlagen** an der **Grenze des Grundstücks** sind im neuen und alten Recht eingehende Vorschriften getroffen.[10]

a) Jeder Eigentümer kann nach § 907 B.G.B. verlangen, daß Anlagen, welche eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück befürchten lassen, auf dem Nachbargrundstück nicht hergestellt werden. Befinden sich diese Anlagen in einem landesgesetzlich zulässigen Abstand von der Grenze, oder sind sie mit den vorgeschriebenen Schutzmitteln versehen, so kann ihre Beseitigung erst verlangt werden, wenn die unzulässige Einwirkung tatsächlich hervortritt, nicht schon, wenn sie bloß droht.

α) Solche landesgesetzlichen Vorschriften bestehen:

aa) nach dem Statut für **Privets**, welche mindestens 2 Fuß von der Nachbargrenze entfernt sein müssen (Art. 13 II 20);

bb) nach den Baupolizeigesetzen für **Kloaken-, Dünger-, Kalk- und ähnliche Gruben** (§§ 68 Baupolizeiges. von 1865, 81 Baupolizeiges. von 1882).

Diese Gruben müssen in bestimmter Weise umschlossen und bedeckt sein und nach dem Gesetz von 1882 mindestens 80 cm von bewohnbaren Gebäuden[11] und der Nachbargrenze, nach dem Gesetz von 1865 mindestens 3 Fuß von der Nachbargrenze entfernt liegen. Verschärfte Anforderungen werden an die Lage von Gruben gestellt, welche Abwässer und Fäkalien aufnehmen sollen,[12] und zwar auch für das Landgebiet.

cc) für **Abzugskanäle, Wasserläufe, Brunnen und Rinnsteine**.

Nach dem Baupolizeigesetz von 1865 (§ 68) müssen Abzugskanäle und Brunnen mindestens 3 Fuß, Rinnen und Wasserläufe mindestens

---

S. 56; Dernburg III S. 252), nicht aber auf den Fall, daß der Nachbar gegen eine vertragliche Grunddienstbarkeit überbaut (Entsch. des R.G. 47 S. 360; a. M. Beibl. 1900 Nr. 127; Seuff. Arch. 57 S. 13).

10) Es ist anzunehmen, daß der Satz des gemeinen Rechts, nach welchem der Tenne des Nachbarn der Luftzug nicht verbaut werden darf, vor dem Inkrafttreten des B.G.B. in Hamburg nicht mehr gegolten hat, da er zu den Bauvorschriften des römischen Rechts gehört und im Statut nicht erwähnt ist (vgl. hierzu Seuff. Arch. 36 Nr. 107; 48 Nr. 246).

11) Auch des eigenen Grundstücks.

12) Nach § 3 des Ges. v. 30. Juni 1899 betr. die Beseitigung der Abwässer müssen diese Gruben 0,8 bezw. 2 m von Gebäuden und der Nachbargrenze entfernt sein, nach dem Ges. v. 26. Mai 1905 müssen sie im Landgebiet mindestens 10 m vom nächsten Brunnen entfernt sein, es sei denn, daß sie sich im freien Felde befinden (§ 3, s. auch § 6).

1 Fuß, nach dem Baupolizeigesetz von 1882 (§ 81) derartige Anlagen mindestens 80 cm von der Nachbargrenze entfernt bleiben.

dd) für Klopfdämme, d. h. festgeschlagene mit Soden belegte Dämme, über deren Breite die Baupolizei zu bestimmen hat (§ 77 Abs. 5 Baupolizeiges. von 1882).

ee) für die Aufnahme des Wassers der Dachtraufe. S. 5 b.

β) Verletzt der Grundeigentümer diese Vorschriften, so kann der Nachbar auf Unterlassung oder Beseitigung klagen. Es genügt zur Begründung der Klage, daß den Vorschriften des Baupolizeigesetzes oder der Gesetze über die Aufbewahrung von Abwässern usw. nicht entsprochen ist, nicht aber wird der Nachweis erfordert, daß der Bestand oder die Benutzung der Anlage eine unzulässige Einwirkung auf das Grundstück zur Folge hat (§ 907 B.G.B.). Denn § 81 Baupolizeiges., welcher im Abschnitt betr. das Verhältnis zu benachbarten Grundstücken steht, begründet ein Recht des Nachbars darauf, daß diese Vorschriften eingehalten werden.

Auch der dingliche Nutzungsberechtigte kann diesen Anspruch geltend machen, nicht aber der Mieter oder Pächter.[13] Ein Verzicht auf den Anspruch ist zulässig, wie sich aus § 81 Abs. 3 Baupolizeiges. ergibt.

b) Nach dem B.G.B. (§§ 908, 909) kann der Eigentümer von dem Nachbar verlangen, daß er die zur Abwendung einer von einem Gebäude oder Werke seines Grundstücks drohenden Gefahr erforderlichen Vorkehrungen trifft und daß er sein Grundstück nicht ohne genügende Unterstützung derartig vertieft, daß der Boden des Nachbargrundstücks seine Stütze verliert.[14]

Diese Vorschriften werden landesrechtlich ergänzt durch § 77 Baupolizeiges. von 1882. Danach hat bei jedem Bau, Abbruch und jeder Hauptreparatur, welche die Nachbargrenze betreffen, sowie bei Abgrabung oder Terrainerhöhung an dieser Grenze der Eigentümer dem Nachbar mindestens 14 Tage vor dem Beginn der Arbeit eine Anzeige zu machen und dieselbe eventuell nach 3 Monaten zu wiederholen,

---

13) Vgl. Dernburg III S. 241.

14) Danach ist die Vorschrift des § 77 Abs. 3 Baupolizeiges. beseitigt, nach welcher bei Erhöhung der Nachbargrenze überhaupt, bei Vertiefung bis zu einer Tiefe von 2,30 m jeder für die Haltung seines Grundes selbst zu sorgen hat (Beibl. 1899 Nr. 118). Denn diese Vorschrift steht in direktem Widerspruch mit der obigen Vorschrift des B.G.B., wonach der Bauende die Sicherheitsmaßregeln zu treffen hat.

damit die Baupolizei auf Antrag des Nachbarn Sicherungsmaßregeln für die Gebäude treffen kann.

Außerhalb des Gebiets des Baupolizeigesetzes besteht diese Anzeigepflicht nicht.[15]

4. Einfriedigung und Abgrenzung.

a) Nach dem B.G.B. besteht eine Pflicht zur Einfriedigung der Grundstücke gegenüber dem Nachbar nicht. Nur die Abmarkung durch feste Grenzzeichen kann ein Nachbar vom andern verlangen (§ 919 B.G.B.).

In Hamburg ist eine allgemeine Pflicht zur Einfriedigung ebenfalls nicht vorgeschrieben. Nur gegenüber dem öffentlichen Grunde besteht solche Pflicht (vgl. § 78 II 2). Sodann ist im Gebiet des Bebauungsplangesetzes vorgeschrieben, die Grenze des vor der Baulinie liegenden Teils des Privatgrundes nicht nur gegen den öffentlichen Grund, sondern auch, falls entgegenstehende Vereinbarungen der Nachbarn nicht bestehen, gegen den Nachbargrund einzufriedigen und diese Einfriedigungen, welche, soweit sie nicht aus lebenden Hecken oder eisernen Gittern bestehen, die Höhe von 1 m nicht überschreiten dürfen, jederzeit in gutem Zustande zu erhalten (§ 6 Ges. vom 13. Juli 1898 betr. Überschreitung von Baulinien). Endlich gilt in den Marschlanden gewohnheitsrechtlich der Satz: Wer weidet, muß friedigen.[16] Diese Vorschriften sind erhalten geblieben.

Über die Art der Abmarkung bestehen in Hamburg gesetzliche Vorschriften nicht.

b) Für Planken und Mauern, welche zwischen Nachbargrundstücken gezogen sind, war früher eine bestimmte Höhe nicht vorgeschrieben.[17] Nach dem Baupolizeigesetz von 1865 (§ 67) müssen sie eine Höhe von 8 Fuß, nach dem Gesetz von 1882 (§ 80) eine solche von 2,25 m vom eigenen Grunde gemessen haben. Über die Erhöhung solcher Einrichtungen sagt das Gesetz nichts Besonderes. Nach § 922 B.G.B. darf, falls die Einrichtung in gemeinschaftlicher Benutzung steht, jeder dieselbe benutzen, soweit nicht die Mitbenutzung des Andern beeinträchtigt wird. Insbesondere wird man annehmen dürfen, daß jeder die ihm zugewandte Mauerhälfte erhöhen darf, falls dies der Mauer nicht schadet.[18]

15) Vgl. Gries II S. 105; Beibl. 1868 Nr. 15.
16) Vgl. Beibl. 1874 Nr. 35, 79; 1879 Nr. 107; Niemeyer S. 77.
17) Vgl. Baumeister I S. 138.
18) Vgl. Dernburg III § 71 Nr. 2.

Eine besondere Vorschrift ist nur für die gemeinschaftlichen Wände von Gebäuden verschiedener Grundstücke gegeben (§ 19 Baupolizeiges.). Danach sind solche Wände an sich unzulässig, auch darf eine Wand nicht vom Nachbar mitbenutzt werden. Soweit aber aus früherer Zeit gemeinschaftliche Wände vorhanden sind, dürfen sie nur mit Genehmigung des Nachbarn und nur dann erhöht werden, wenn sie mindestens zwei Steinlängen stark sind.[19] Einen gesetzlichen Anspruch auf Genehmigung der Erhöhung durch den Nachbar hat keiner der beiden. Doch kann möglicherweise eine grundlose Verweigerung der Genehmigung unter den Gesichtspunkt der Schikane fallen (§ 226 B.G.B.). Die Kosten einer Erhöhung haben die Nachbarn im Zweifel gemeinsam zu tragen.

c) Über die Unterhaltungspflicht gemeinschaftlicher Einfriedigungen bestimmt § 80 Abs. 2 Baupolizeiges., daß diese Pflicht demjenigen obliegt, auf dessen Seite die Pfähle oder die Mauern stehen, wo dies nicht der Fall ist, von beiden gemeinschaftlich.

Jetzt sind nach §§ 922, 921 B.G.B. die Unterhaltungskosten von den Nachbarn gemeinschaftlich zu tragen, sofern nicht äußere Merkmale darauf hinweisen, daß die Einrichtung einem der Nachbarn allein gehört.[20] Ist auch die Vorschrift des § 80 Abs. 2 Baupolizeiges. hiermit formell beseitigt, so ist doch der Umstand, daß die Pfähle usw. auf der einen Seite stehen, nach altem Brauch ein Merkmal dafür, daß die Mauer usw. dem betreffenden Nachbar gehört. Für diejenigen Einrichtungen, welche unter altem Recht entstanden sind und deren äußere Merkmale schon aus dieser Zeit stammen, ist das alte Recht erhalten geblieben. Denn es handelt sich um ein wohlerworbenes Recht des einen Nachbarn, in welches die neue Gesetzgebung nicht eingegriffen hat.[21] Daraus folgt, daß derjenige, auf dessen Seite die Pfähle usw. sich befinden, als Eigentümer die Mauern usw. zu unterhalten hat.

5. Gewisse Vorschriften beziehen sich auf die Behandlung des einem Grundstück zufließenden Wassers im Verhältnis zum Nachbargrundstück.

---

19) Soweit die Aufrechterhaltung dieser Vorschrift durch Art. 124 E.G. z. B.G.B. nicht gedeckt wird, beruht sie auf Art. 111 E.G.

20) Aus dem Gesichtspunkt des Art. 124 E.G. z. B.G.B. läßt sich die Aufrechterhaltung des Abs. 2 des § 80 Baupolizeiges. nicht ableiten, da man nicht sagen kann, daß hier das Eigentum des Nachbarn „noch anderen" Beschränkungen als denen des B.G.B. unterworfen ist.

21) So Habicht (3. Aufl.) S. 398; Dorner-Seng S. 215.

a) Nach dem gemeinen Recht darf dem natürlichen Wasserabfluß von Feldgrundstücken, worunter nach der Praxis auch mit Gärten umgebene städtische Grundstücke zu verstehen sind,[22] durch den Nachbar kein Hindernis bereitet werden und ist keine Anlage erlaubt, welche den Ablauf des Wassers vom Nachbargrundstück beseitigt oder diesem Grundstück mehr Wasser als vorher zuführt.[23] Diese Vorschrift legt dem Eigentümer des oberen und des unteren Grundstücks, jedem zugunsten des andern, gewisse Beschränkungen auf. Sie bezieht sich nicht nur auf das natürliche Regen-, Schnee- usw. Wasser, sondern auch auf das Quellwasser, dagegen nicht auf das durch menschliche Hände gegangene Wasser.[24]

Der Oberlieger darf den natürlichen Wasserablauf zum Nachteile des Unterliegers nicht durch besondere Vorkehrungen fördern oder sonst, z. B. durch eine Wasserleitung, nach Richtung, Stärke, Strömung verändern. Ebensowenig darf der Unterlieger Vorrichtungen treffen, wodurch der Abfluß zum Nachteile des Oberliegers verhindert oder geändert wird, er muß vielmehr das Wasser aufnehmen. Durch Berechtigungen in Form von Grunddienstbarkeiten können diese Vorschriften im Interesse des einen oder andern Grundstücks geändert werden (s. § 98 III 2 d). Ebenso kann die Bodengestaltung sich durch natürliche Ereignisse ändern, wodurch der natürliche Wasserablauf verändert wird. Der Unterlieger darf dann nicht eigenmächtig den früheren Zustand wiederherstellen.[25]

Der aus der unerlaubten Abänderung entstehende Anspruch geht auf Wiederherstellung des früheren Zustandes und auf Schadensersatz. Er ist gerichtet gegen den Eigentümer des Grundstücks, an welchem die Änderung vorgenommen worden ist, als solchen und steht dem Eigentümer des andern Grundstücks zu. Dem Eigentümer steht der Nießbraucher gleich.[26] Der Anspruch fällt fort gegenüber Veranstaltungen im Interesse des Ackerbaus.

Dies Recht der actio aquae et pluviae arcendae gehört sowohl dem Nachbar- als auch dem Wasserrecht an und ist sowohl auf

---

22) Vgl. Elvers, Servituten S. 482; Beibl. 1897 Nr. 63.
23) Vgl. Beibl. 1879 Nr. 107; Baumeister I S. 141; Windscheid-Kipp I § 169 Nr. 5.
24) l. 1 § 22 Dig. 39, 3 spricht nur von Regenwasser, vgl. dazu Beibl. 1897 Nr. 63.
25) Vgl. Mot. z. Entw. I des B.G.B. III S. 281.
26) Vgl. Windscheid-Kipp II § 473 Nr. 6.

Grund von Art. 124, wie von Art. 65 E.G. z. B.G.B. in Kraft geblieben.[27]

b) Das Recht der Dachtraufe ist für das Gebiet des Baupolizeigesetzes (§ 79 Baupolizeiges.) geregelt.

α) Die Dachtraufe darf nur in einem Abstande von mindestens 50 cm von der Nachbargrenze stattfinden, in geringerem Abstande ist das Wasser in Rinnen aufzufangen und in Röhren abzuleiten. Diese Vorschrift ist auf Grund von Art. 124 E.G. z. B.G.B bestehen geblieben. Auf sie findet § 907 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. Anwendung. Es kann also der Nachbar die Beseitigung einer in Übereinstimmung mit dieser Vorschrift angelegten Dachtraufe erst fordern, wenn die unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück tatsächlich hervortritt. Eine unzulässige Einwirkung ist das Ablaufen des Wassers auf das Nachbargrundstück, da die Dachtraufe dem natürlichen Wasserablaufe eine veränderte Richtung gibt und ihn verstärkt. Das Wasser muß eben bei städtischen Grundstücken in das Siel geleitet werden, während bei Feldgrundstücken die Vorschriften unter a zur Anwendung gelangen.

β) Über die Tropfenfallservitut, durch welche diese Eigentumsbeschränkung aufgehoben wird, s. § 98 II 2.

γ) Aufgehoben ist die Bestimmung, nach welcher eine gemeinschaftliche Dachrinne auf einseitiges Verlangen eines der Miteigentümer beseitigt und durch getrennte Rinnen ersetzt werden muß (§ 79 Abs. 3 Baupolizeiges.). An ihrer Stelle gilt jetzt § 922 B.G.B., wonach die Rinne nicht ohne Zustimmung des Nachbarn beseitigt werden darf, solange derselbe an ihr ein Interesse hat.

III. Über die Befugnis der Baupolizeibehörde, im Gebiet der Geltung des Baupolizeigesetzes, provisorische Verfügungen bei Nachbarstreitigkeiten in Bauangelegenheiten zu erlassen (§ 8 Abs. 3 Baupolizeiges.) vgl. § 77 V.

§ 81. Das Bergrecht.[1]

Unter dem Bergrecht versteht man die Vorschriften, welche gewisse Mineralien vom Verfügungsrechte des Grundeigentümers ausschließen und die Rechtsverhältnisse hinsichtlich der Gewinnung dieser Mineralien regeln.

27) Im Entwurf I (§ 856) war dies Recht geregelt, doch wurde die Bestimmung bei der 2. Lesung gestrichen. S. Mot. z. Entw. I, III S. 279; Prot. der II. Kom. III S. 133. Vgl. auch Windscheid-Kipp II Zusatz zu § 473.

1) Vgl. Dernburg III §§ 142 ff.



An solchen besonderen Vorschriften hat es in Hamburg bis in die jüngste Zeit gefehlt.

I. Entwicklung des Bergrechts.

1. Nach dem alten deutschen Recht, wie es sich noch im Sachsenspiegel[2] findet, war jeder Grundeigentümer berechtigt, die in seinem Grundstück befindlichen Fossilien zu gewinnen, und brauchte er keinem Andern die Anlage eines Bergwerks auf seinem Boden zu gestatten. Daneben kam bald einerseits der Grundsatz der Bergbaufreiheit zur Geltung, nach welchem jeder auch das im Privateigentum stehende Land zur Anlegung eines Bergwerks in Anspruch nehmen konnte, andererseits derjenige der Regalität des Bergbaues, wonach dem Kaiser oder den Landesfürsten das Recht zum Bergbau entweder unbedingt vorbehalten oder der Betrieb des Bergbaues wenigstens von einer besonderen Erlaubnis des Staates abhängig gemacht worden war.

Das erste Reichsgesetz, welches die Regalität des Bergbaues aussprach, ist die Goldene Bulle vom 9. Januar 1356.[3] Durch dieses Gesetz wurde den Kurfürsten das Bergregal übertragen.[4] Gewohnheitsrechtlich sind dann auch andere Territorialherren zur Ausübung des Bergregales gelangt.

2. Die Regalität des Bergrechts ist im Anschluß an die Goldene Bulle fast in ganz Deutschland durchgeführt worden, sie hat aber ihre Ergänzung durch die Partikulargesetzgebung oder das partikulare Gewohnheitsrecht gefunden, welche die Fossilien, auf welche sich die Regali-

---

2) Vgl. Sachsensp. I 35 § 2.

3) Ohne Zweifel haben schon die hohenstaufischen Kaiser das Bergregal in Anspruch genommen, doch sind sie damit nicht überall durchgedrungen. Insbesondere ist der Reichstagsbeschluß, der 1158 auf den roncalischen Feldern gefaßt und für das longobardische Königreich bestimmt war, trotz seiner Aufnahme in das liber Feudorum (II 56) in Deutschland nicht rezipiert worden, da nachweislich noch im 13. Jahrhundert in gewissen Gegenden Deutschlands das Recht des Grundeigentümers an den Mineralien anerkannt war; vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht II § 142, 2.

4) Vgl. cap. 9: Declaramus, quod successores nostri Boemiae Reges nec non universi et singuli principes Electores, Ecclesiastici et Seculares, qui perpetuo fuerint, universas auri et argenti fodinas atque mineras stanni, cupri, plumbi, ferri et alterius cujusque generis metalli ac etiam salis tam inventas quam inveniendas in posterum quibuscumque temporibus in regno praedicto aut terris et pertinenciis eidem Regno subjectis nec non supradicti Principes in Principatibus, terris, dominiis, et pertinenciis suis tenere juste possint et legitime possidere, cum omnibus juribus, nullo prorsus excepto, prout possunt seu consueverunt talia possidere.

tät bezieht, im einzelnen bestimmen. Neben ihr kam die Bergbaufreiheit zur Geltung, und zwar in dem Sinne, daß der Landesherr sich verpflichtete, soweit er sich nicht einzelne Felder vorbehielt, diejenigen mit dem Bergbaurecht zu beleihen, welche beim Schürfen auf Mineralien stoßen und die Beleihung nachsuchen würden.

3. Ein das Bergrecht betreffendes Reichsgesetz für das ganze Deutsche Reich ist seit der Goldenen Bulle nicht mehr erlassen worden. Dagegen wurden für die verschiedenen Teile des Reichs Bergordnungen erlassen, welche vielfach die gleichen Rechtsgrundsätze und Regeln enthalten. Aus diesen verschiedenen Bergordnungen hat man ein gemeines deutsches Bergrecht abgeleitet.[5] Dasselbe ist ein Produkt der Wissenschaft und unterscheidet sich dadurch von dem gemeinen Rechte, dem als hervorragendste Rechtsquelle das Corpus juris civilis zugrunde lag. Das gemeine deutsche Bergrecht gilt ebenso wie das deutsche Privatrecht überhaupt nur kraft gesetzlicher Anordnung oder kraft Gewohnheitsrechts. Wieweit der Richter die wissenschaftlichen Sätze des deutschen Privatrechts praktisch anwenden darf, ist sehr bestritten.[6] Jedenfalls besteht aber ein weitgehendes Einverständnis darüber, daß ein Rechtsinstitut, welches einem bestimmten Partikularrecht weder nach den Gesetzen noch nach dem Gewohnheitsrecht angehört, dort nicht deshalb zur Anwendung gebracht werden kann, weil es in andern Ländern, und sei es in noch so vielen, gilt.[7]

4. Hieraus ergibt sich die Stellung des Hamburgischen Rechts zum gemeinen deutschen Bergrecht. Da vor dem Jahre 1906 niemals eine bergrechtliche Bestimmung in Hamburg erlassen, auch kein Satz des gemeinen Bergrechts in Hamburg je zur Anwendung gelangt ist, so kann von einer Aufnahme des deutschen Bergrechts, welches einen ganzen Komplex in sich zusammenhängender und

---

5) Vgl. Roth, Bayrisches Zivilrecht III § 242; Klostermann, Bergrecht S. 20; Achenbach, Bergrecht.

6) Vgl. hierüber Stobbe, Deutsches Privatrecht I §§ 9, 10.

7) Vgl. Stobbe a. a. O. I § 8 Nr. 4. Besonders scharf spricht sich Roth in seinem Deutschen Privatrecht I § 1 S. 4 aus: „In dem Rechtsgebiete des gemeinen Rechts finden deutschrechtliche Institute nur Anwendung, soweit sie durch Gesetz oder Gewohnheit des einzelnen Landes anerkannt sind." Und für das benachbarte schleswig-holsteinische Partikularrecht erklärt dessen Bearbeiter Falck (Handbuch des schleswig-holsteinischen Privatrechts I S. 8): um das deutsche Privatrecht praktisch anzuwenden, müßte man zuerst das partikulare Recht entwickeln, so daß nachgewiesen werde, was als ein integrierender Teil desselben zu betrachten sei.

abgeschlossener Rechtssätze bildet, in das Hamburgische Recht weder durch Gesetz, noch durch Gewohnheitsrecht die Rede sein.[8] Bemerkenswert, wenn auch nicht entscheidend, ist, daß in dem Art. 5 des Hauptrezesses von 1712, welcher in 28 Nummern die „der ganzen Stadt zustehenden regalia“ aufzählt, ein Bergregal mit keinem Worte erwähnt wird,[9] wie denn von einem solchen auch in der bisherigen Hamburgischen Rechtsliteratur nirgends die Rede ist.

Dazu kommt, daß es seit dem 18. Jahrhundert in der deutschen Rechtsliteratur streitig ist, ob eine gemeinrechtliche Regel besteht, wonach gerade das Steinsalz zu den Regalien gehört und daß daher, falls die Regalität des Steinsalzes behauptet wird, der strikte Nachweis zu fordern ist, daß in einem bestimmten Lande das Steinsalz wirklich unter die dem Regal unterworfenen Mineralien fällt, ein Nachweis, der für Hamburg bisher jedenfalls nicht erbracht ist.[10]

5. Muß mithin die Geltung des gemeinen deutschen Bergrechts für Hamburg verneint werden, so kam beim Inkrafttreten des B.G.B. § 905 unbeschränkt zur Anwendung, nach welchem das Recht des Eigentümers eines Grundstücks sich auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche erstreckt. Art. 67 E.G. z. B.G.B., nach welchem die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Bergrecht angehören, unberührt bleiben, hatte zunächst für Hamburg keine praktische Bedeutung. Da aber dieser Vorbehalt zugleich das Recht einschließt, auf dem Gebiete des Bergrechts neue landesgesetzliche Vorschriften zu erlassen (Art. 3 E.G. z. B.G.B.), so ist am 25. Juni 1906 ein einen einzigen Paragraphen enthaltendes Gesetz über die Gewinnung von

8) A. M. der Senat in der Begründung des Ges. v. 25. Juni 1906 (Verh. zw. Sen. und Bürg. 1906 S. 554) und in der Bürgerschaftssitzung v. 20. Juni 1906 (Sten. Ber. 1906 S. 630), doch wird dort zu der grundsätzlichen Frage der Anwendbarkeit des gemeinen deutschen Bergrechts auf solche Länder, in denen es bisher an jeder bergrechtlichen Bestimmung fehlt, nicht Stellung genommen. Diese sehr streitige Frage wird ohne Begründung im Sinne der Anwendbarkeit des gemeinen Bergrechts als feststehend bezeichnet.

9) Am Schlusse des Art. findet sich eine allgemeine Klausel, nach welcher dem Rat auch „sonsten mehr andere dergleichen wohl hergebrachte Frei- und Gerechtigkeiten, in deren rechtmäßigen Possession E. E. Rath sich wirklich befindet“, erhalten bleiben sollen.

10) Vgl. Laband, Denkschrift über das Recht der Salzgewinnung im Fürstentum Reuß j. L. S. 13 und die dort angeführte Literatur. A. M. ohne Begründung der Senat in Verh. zw. Sen. und Bürg. 1906 S. 554.

Stein- und Kalisalzen[11] erlassen worden, welches die Regalität für diese Mineralien feststellt.[12]

Hiernach ist zwischen dem Rechte an Stein- und Kalisalzen und demjenigen an anderen Fossilien zu unterscheiden.

II. Das Recht der Gewinnung von Stein- und Kalisalzen.

1. Das Steinsalz und die mit diesem auf derselben Lagerstätte vorkommenden sonstigen Salze sind von dem Verfügungsrechte des Grundeigentümers ausgeschlossen.

a) Diese Vorschrift bezieht sich nur auf das Steinsalz und die mit diesem auf derselben Lagerstätte vorkommenden sonstigen Salze, d. h. also die Kali-, Magnesia-, Borsalze, (Kieserit, Carnallit, Polyhelit, Anhydrit usw.).

b) Diese Salze sind von dem Verfügungsrechte des Grundstückseigentümers ausgeschlossen. Sie sind aber, solange sie noch nicht gewonnen sind, nicht herrenlos, sondern stehen als **pars fundi** im Eigentum des Grundeigentümers, welcher grundsätzlich auch Herr des Erdkörpers unter der Oberfläche ist.[13] Der Grundeigentümer ist nicht Eigentümer der Mineralien als solcher,

---

11) Vgl. Ges.Samml. 1906 I S. 69.

12) Dies Gesetz ist erlassen worden mit Rücksicht auf Bohrversuche, welche im Gebiete von Ritzebüttel nach Kalisalzen vorgenommen worden sind. Mit den dortigen Grundeigentümern sind seitens auswärtiger Gewerkschaften vorher Verträge über die Ausbeutung der etwaigen Salzlager abgeschlossen worden. Da das neue Gesetz die Rechte der Eigentümer gegenüber dem früheren Recht erheblich einschränkt, so muß nach dem maßgebenden gemeinen Rechte der Staat die Grundeigentümer für den Verlust ihrer wohlerworbenen Rechte entschädigen. (Vgl. Entsch. d. R.G. 41 S. 142, 193; 49 S. 252). Ob der Eingriff in die Rechte im Wege der Gesetzgebung oder der Verwaltung erfolgt, ist unerheblich. Der Unterschied kommt nur insofern in Betracht, als die Gesetzgebung derartige Entschädigungsansprüche grundsätzlich ausschließen kann. Das ist hier nicht geschehen, im Gegenteil war man in der Bürgerschaft der Ansicht, daß eine Entschädigung der Grundeigentümer erfolgen solle (Sten. Ber. der Bürg. 1906 S. 630 ff.). Voraussetzung einer solchen Entschädigung ist aber stets der Nachweis, daß sich in den fraglichen Grundstücken solche Salze befinden, die der Verfügung des Grundeigentümers durch das neue Gesetz entzogen worden sind. Vgl. über die Entschädigungsfrage auch Laband, Denkschrift über das Recht der Salzgewinnung im Fürstentum Reuß j. L. S. 31 ff.

13) Vgl. Mot. des vorläufigen Entw. zum preuß. Berggesetz v. 1862 S. 13, während die Mot. zum definitiven Entw. S. 22 diese Frage dahingestellt lassen; ferner Achenbach, Bergrecht S. 105; Stobbe, Privatrecht II § 143 Nr. 2; Dorner-Seng S. 497. Dagegen halten diese Mineralien für herrenlose Sachen: Klostermann, Komm. zum preuß. Berggesetz Anm. zu § 1; Crome, System des Bürg. Rechts III S. 440 Anm. 6; Kloß S. 172.

sondern sein Eigentum am Grund und Boden umfaßt zugleich die darin unausgeschieden existierenden Mineralien. Sachen im Rechtssinne werden die Salze erst mit der Ausscheidung.

c) Das Recht zur Aufsuchung und Gewinnung dieser Salze bleibt dem Staate vorbehalten.[14] Danach ist der Staat allein bergbauberechtigt hinsichtlich dieser Salze, er ist der sog. Bergwerkseigentümer.

α) Das Bergwerkseigentum gewährt kein dingliches Eigentum an dem Raum unter der Erde, auch nicht an den noch nicht gewonnenen Salzen; vielmehr enthält es das ausschließliche Recht, nach den Salzen zu suchen und dieselben sich anzueignen, und zwar ohne Entschädigung des Eigentümers für den Wert der Salze. Das Eigentum an den Salzen erwirbt der Staat erst mit der Gewinnung, d. h. mit der Besitznahme durch seine Angestellten.[15] Das Bergwerkseigentum stellt sich dar als ein Nutzungsrecht an fremder Sache, welches den Grunddienstbarkeiten verwandt ist.

β) Das Bergwerkseigentum gewährt an sich das Recht, die Grundstücke zum Zweck des Aufsuchens der Salze zu betreten und die zur Gewinnung derselben erforderlichen Anstalten zu treffen, und zwar unter und über der Erde. Dies ergibt sich nicht etwa aus dem gemeinen Bergrechte, sondern aus dem Gesetz vom 25. Juni 1906, welches dem Staat das Recht zum Aufsuchen und Gewinnen der Salze zuspricht. Über eine Entschädigung des Grundeigentümers hinsichtlich des ihm hieraus erwachsenden Schadens sagt das Gesetz nichts. Doch ergibt sich die Schadensersatzpflicht aus der allgemeinen Verpflichtung des Staates, beim Eingriff in wohlerworbene Rechte Entschädigung zu leisten (vgl. Anm. 12). Hier wird aber in das Eigentum der Grundeigentümer eingegriffen.

γ) Da das Bergwerkseigentum als ein dingliches Recht konstruiert wird, wird es landesrechtlich auch zur Eintragung im Grundbuch zugelassen. Mangels einer ausdrücklichen Vorschrift ist es jedoch in Hamburg bisher nicht eintragbar.

14) Nach der obigen Darstellung ist hiermit das Recht des Staates erst begründet worden. Dagegen geht, wie bereits hervorgehoben, die Begründung des Senats von einem anderen Standpunkte aus: Danach bestehen nach dem gemeinen deutschen Bergrechte an diesen Salzen ein Regal und gleichzeitig die allgemeine Bergbaufreiheit. Der Staat habe jedoch infolge des Regals das Recht, sich gewisse Mineralien zu reservieren, was durch dies Gesetz geschehen sollte.

15) Vgl. Entsch. des R.G. 10 S. 212.

δ) Der Staat kann die Ausübung des Bergwerkseigentums an dritte Personen verleihen, und zwar durch Beschluß von Senat und Bürgerschaft, denn es handelt sich um eine Verfügung über einen Teil des Staatsvermögens.[16] Hierbei kann die Berechtigung des Beliehenen eingeschränkt werden.

III. Hinsichtlich der übrigen Fossilien steht das unbeschränkte Recht des Aufsuchens und Gewinnens dem Grundeigentümer zu. Ebensowenig wie nach dieser Richtung ein Regal besteht, kommt die allgemeine Bergbaufreiheit in Betracht. Vielmehr ist das Recht des Grundeigentümers nach dieser Richtung keiner Beschränkung unterworfen.[17]

IV. Art. 68 E.G. z. B.G.B., welcher landesrechtliche Vorschriften zuläßt bez. der Belastung eines Grundstücks mit dem vererblichen und veräußerlichen Rechte zur Gewinnung eines nicht den bergrechtlichen Vorschriften unterliegenden Minerals, ist für Hamburg ohne praktische Bedeutung.

§ 82. Die Enteignung.

Zu den durch Art. 109 E.G. z. B.G.B. aufrechterhaltenen landesgesetzlichen Vorschriften gehören auch diejenigen über die Enteignung. Unter Enteignung versteht man die Entziehung und Zuteilung von Vermögensrechten durch einen staatlichen Verwaltungsakt im öffentlichen Interesse.[1] Dieselbe enthält den schärfsten Eingriff in das Eigentum und wenn sie auch hervorragend öffentlichrechtlichen Charakter hat, so muß sie doch mit Rücksicht auf ihre privatrechtlichen Folgen hier behandelt werden.

I. Das erste vollständige Expropriationsgesetz[2] wurde für Hamburg am 18. Dezember 1839 aus Anlaß

16) Es handelt sich hier um Veräußerung von Staatsgut und Erteilung ausschließlicher Privilegien nach Art. 62 der Verf.

17) Nach der Begr. zum Ges. v. 25. Juni 1906 sollen auch die Metalle dem Regal unterworfen sein, während bez. weiterer Mineralien auch dort ein Beweis der Regalität nicht für erbracht angesehen wird.

1) Vgl. Dernburg I § 46 I.

2) Die erste Bestimmung über eine Entschädigung wegen Expropriation befindet sich in der Appellabilitätsordnung vom 7. Juli 1820, durch welche die Bestimmung von Privatentschädigung für zum allgemeinen Besten erlittenen Schaden als eine privatrechtliche Streitigkeit erklärt wurde, nachdem die Frage, ob ein zu ersetzender Schaden vorhanden sei und ob die Person oder Behörde, von welcher Ersatz gefordert wird, deshalb in Anspruch genommen werden dürfe, im verfassungsmäßigen Wege ausgemacht worden sei. Vgl. im einzelnen bez. der Geschichte der Hamburger Expropriationsgesetzgebung Wulff II S. 497 Anm. 1.

der Erbauung der Hamburg-Bergedorfer Bahn für Amt und Städtchen Bergedorf am 13. und 22. Mai 1840 erlassen. Der große Brand vom Mai 1842 machte ein besonders rasches Enteignungsverfahren notwendig, dessen Handhabung einem besonderen Schätzungsgericht übertragen wurde. Am 26. April 1844 wurde ein neues Expropriationsgesetz erlassen, welches durch das Gesetz vom 14. Juli 1879 ersetzt wurde, an dessen Stelle das jetzt noch geltende Gesetz vom 5. Mai 1886[3] getreten ist. Dieses Gesetz ist in einzelnen Bestimmungen durch das Gesetz vom 27. September 1899 geändert worden.

Es kommen ferner als Spezialgesetze noch in Betracht:

das Gesetz vom 11. Mai 1883 betr. Anwendung des Expropriationsverfahrens zur Ausführung des Zollanschlusses;[4]

das Gesetz vom 5. Mai 1886 betr. Abänderung des im § 102 des Baupolizeigesetzes vorgesehenen Schätzungsverfahrens,[5] sowie die an anderer Stelle (s. §§ 77 III, 89 II) erörterten Bestimmungen des Baupolizeigesetzes und des Bebauungsplangesetzes über die zu gewährenden Entschädigungen und

das Gesetz vom 21. Mai 1902 betr. die Förderung des Baues kleiner Wohnungen.[6]

II. Die rechtliche Natur der Enteignung ist sehr bestritten. Das Hamburgische Gesetz vom 5. Mai 1886 steht äußerlich auf dem Boden der Theorie vom Zwangskauf; § 4 spricht von „käuflicher Erwerbung" des zu enteignenden Grundstücks. Diese Auffassung ist heute allgemein aufgegeben. Denn die Enteignung beruht nicht auf der Übereinstimmung der Parteien, ist also kein Vertrag, sondern sie beruht unmittelbar auf dem öffentlichrechtlichen Akte der Staatsgewalt, welcher das Eigentum verleiht.[7] Die Rechtsfolgen sind ganz anders geregelt wie beim Kauf. Der Expropriant übernimmt keine Verpflichtungen wie bei einem Kauf, er zahlt keinen Kaufpreis, sondern eine Entschädigung. Der Erwerber erhält ein vollständig neues, selbständiges, ursprüngliches

3) Vgl. Wulff II S. 497.
4) Vgl. Wulff II S. 522.
5) Vgl. Wulff II S. 128.
6) Vgl. Wulff II S. 524.
7) Diese Ansicht ist jetzt als die herrschende anzusehen. Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht § 92 Nr. 30 ff; Dernburg I § 46 VI; Wulff II S. 499 Anm. unter II; Oertmann S. 142; Entsch. des R.G. in Zivils. 12 S. 406, sowie namentlich 61 S. 104 ff., wo die Literatur über diese Frage ausführlich mitgeteilt ist.

Eigentum. Es findet also eine eigentliche Übertragung des Eigentums nicht statt, wenngleich das Hamburgische Gesetz sich vielfach derartiger Ausdrücke bedient.

III. Die Bestimmungen über die Enteignung beziehen sich nur auf Grundstücke und dingliche Rechte, nicht auf bewegliche Sachen (§ 1 Expropriationsges.).

Die Enteignung ist entweder eine zeitweise[8] oder eine dauernde. Sie besteht in

1. der Abtretung eines Grundstücks oder Grundstücksteils oder
2. der Abtretung dinglicher Rechte oder
3. der Beschränkung in der Benutzung von Grundstücken und dinglichen Rechten, insbesondere durch Auflegung von Baubeschränkungen usw.[9]

IV. Voraussetzungen für die Enteignung sind:

1. eine Anlage „zum allgemeinen Besten", z. B. Eisenbahn-, Hafen-, Deichbauten usw. (§ 1 Expropriationsges.). Dazu gehören nach der heutigen Anschauung auch Anlagen zur Verschönerung des Stadtbildes.[10]

Die Anlage braucht nicht notwendig eine Staatsanlage zu sein. Es kann auch zugunsten der Anlagen von Privaten (Privatkrankenhäusern, -stiften) enteignet werden. In letzterem Falle kann der Staat sein Enteignungsrecht an Andere, z. B. Gesellschaften oder Private, abtreten,[11] aber nur für das durch den Beschluß von Senat und Bürgerschaft bestimmte Unternehmen und den darin bestimmten Zweck. Das dem Unternehmer verliehene Enteignungsrecht ist höchst persönlich und kann nicht übertragen werden.

---

8) Baumeister (I S. 267) will diesen Fall als eine erzwungene Miete behandelt sehen. Doch ist diese Ansicht ebensowenig zutreffend wie diejenige des Zwangskaufs.

9) Doch ist für zahlreiche Fälle solcher Beschränkungen eine Entschädigungsforderung ausgeschlossen (vgl. § 77 III 5 und Beibl. 1900 Nr. 139; 1901 Nr. 98). Solche Spezialbestimmungen werden von den allgemeinen Vorschriften des Expropriationsgesetzes nicht berührt.

10) A. M. Wulff II S. 499 Anm. 2. Früher, noch im Gesetz von 1879, war ausdrücklich bestimmt, daß für bloße Verschönerungen nicht enteignet werden dürfe, doch wurde dies im neuen Gesetz fortgelassen. Vgl. auch die zutreffenden Ausführungen über den Wandel der diesbezüglichen Anschauungen in Beibl. 1895 Nr. 114.

11) Für die Erbauung der neuen Eisenbahnanlagen hat Hamburg im Staatsvertrage v. 30. Dez. 1898 § 5 Abs. 6 der Preußischen Staatseisenbahnverwaltung das Expropriationsrecht erteilt.

2. ein Beschluß von Senat und Bürgerschaft, welcher genau und endgültig bestimmt, auf welche Grundstücke sich die Enteignung beziehen soll (§§ 2 ff., 15 Expropriationsges.). Derselbe gibt dem Unternehmer das Recht der Expropriation, legt ihm aber keine dahingehende Pflicht auf. Die Kraft des Beschlusses erlischt, wenn die Enteignung nicht binnen acht Monaten begonnen wird,[12] falls nicht etwa der Beschluß selbst etwas anderes bestimmt (§ 13 Expropriationsges.). Dieser Beschluß ist ein formelles Gesetz, d. h. ein in Gesetzesform erlassener Verwaltungsakt,[13] er bedarf also auch der Publikation.

Ausnahmen bestehen für Expropriationen zur Ausführung des Zollanschlusses[14] und für die Sanierung der südlichen Neustadt.[15] In beiden Fällen beschließt eine gemeinschaftliche Kommission von Senat und Bürgerschaft über die Vornahme der Enteignungen, doch ist zu diesem Beschlusse die Zustimmung des Senats einzuholen.

3. eventuell die Leistung einer Sicherheit von dem Unternehmer.

4. die Gewährung vollständiger Entschädigung (§ 1 Expropriationsges.). Die Enteignung erfolgt gegen Entschädigung, nicht, wie in anderen Expropriationsgesetzen[16] gesagt ist, nach vorgängiger Entschädigung. Über die Höhe der Entschädigung ist zuerst gütlich zu verhandeln (§ 4 Expropriationsges.). Führt diese Verhandlung zum Ziele, so wird ein unter den Vorschriften des B.G.B. stehender Kaufvertrag abgeschlossen.[17] Diese Vereinbarung ist nur wirksam, falls die Hypothekengläubiger zustimmen oder voll befriedigt werden (§ 10 e Expropriationsges.). Andernfalls tritt ein besonderes Verfahren zur Ermittelung der zu gewährenden Entschädigung ein (s. unter VII).

V. Die Entschädigung.

1. Die Entschädigung hat den Charakter einer Schadens-

12) Falls die Rechtskraft erlischt, stehen den betr. Grundeigentümern eventuell Schadensersatzansprüche gegen den Unternehmer zu. § 13 Expropriationsges. spricht von einer Expropriations pflicht, darunter ist die Pflicht des Expropriaten zu verstehen, die Enteignung über sich ergehen zu lassen.

13) A. M. Wulff II S. 500 Anm. 4, doch ist ein solcher Verwaltungsakt als formelles Gesetz anzusehen.

14) Vgl. Art. 1 Ges. v. 11. Mai 1883 betr. Anwendung des Expropriationsverfahrens zur Ausführung des Zollanschlusses (Wulff II S. 525).

15) Vgl. Nr. 2 Ges. v. 18. Juli 1900 (Ges.Samml. I S. 316); Nr. 2 Ges. v. 22. Juli 1904 (Ges.Samml. I S. 314).

16) Vgl. z. B. Dorner-Seng S. 231.

17) Vgl. Entsch. des R.G. 5 S. 246.

ersatzleistung im Sinne des bürgerlichen Rechts. Es finden also nach Art. 4 E.G. z. B.G.B. die Grundsätze des B.G.B. auf ihre Bemessung Anwendung, soweit das Gesetz nicht etwas anderes anordnet.[18] Daß für die Geltendmachung der Entschädigung der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen ist, ändert hieran nichts.

2. Die Entschädigung soll eine vollständige sein (§ 6 Expropriationsges.).

a) Bei Abtretung des ganzen Grundstücks ist der volle Wert,[19] d. h. nicht nur der gemeine, sondern der höhere individuelle Wert, den das Grundstück nebst seinem Zubehör und seinen Früchten für seinen bisherigen Eigentümer hat, sowie der gesamte dem letzteren erwachsende direkte und indirekte Schaden zu ersetzen, wobei aber der Einfluß der neuen Anlage auf das Grundstück nicht mit in Betracht zu ziehen ist.[20] Bloßes Affektionsinteresse ist nicht zu berücksichtigen, wohl aber Annehmlichkeiten, welche nach der Verkehrsauffassung für den Preis von Bedeutung sind. Als Schaden ist auch der persönliche Schaden zu ersetzen, der dem Eigentümer z. B. durch einen Umzug, eine Betriebsstörung usw. erwächst. Der Wert vom Übernehmer zu übernehmender dinglicher Rechte und Lasten ist bei der Feststellung der Entschädigung zu berücksichtigen.

b) Bei teilweiser Expropriation gilt für den abgetretenen Teil dasselbe wie unter a. Es kommt aber noch in Betracht:

α) Die dem nachbleibenden Teile erwachsenden Wertverminderungen, sowie die unmittelbaren Werterhöhungen sind in Anrechnung zu bringen,[21] doch darf im letzteren Fall der anzurechnende Betrag den Wert des abgetretenen Teils nicht überschreiten. Diese compensatio lucri cum damno läßt sich bei dem Charakter der Enteignung nicht auf rein zivilrechtlichem Wege konstruieren. Sie beruht auf dem Grundsatz, daß der Enteignete zwar voll entschädigt werden, aber nicht mehr erhalten soll, als sein Schaden, wirtschaftlich berechnet, beträgt. Vom wirtschaftlichen Standpunkt ist

---

18) So auch Oertmann (S. 151), Dorner-Seng (S. 238).

19) Vgl. Dernburg I S. 119. Als für den Wert maßgebender Zeitpunkt ist aus den bei Wulff II S. 503 Anm. angeführten, für zutreffend zu erachtenden Gründen der Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung der Schätzungskommission anzusehen.

20) Vgl. Wulff II S. 504 Anm. 3. Im übrigen vgl. hinsichtlich der Berechnung des Wertes die ebenda S. 503 Anm. 3 angeführten Beispiele, sowie Entsch. des R.G. 63 S. 1.

21) Vgl. auch § 103 Abs. 2 Baupolizeiges.

aber insoweit ein Schaden nicht vorhanden, als durch die Enteignung dem Enteigneten neue Vorteile erwachsen.

β) Einrichtungen, welche infolge der Enteignung behufs Fortsetzung der bisherigen Benutzung des nachbleibenden Teiles notwendig werden, sind auf Kosten des Unternehmers zu beschaffen und herzustellen (§ 5 Expropriationsges.). Können solche Einrichtungen in zweckdienlicher Weise nicht getroffen werden, so kann der Eigentümer vom Unternehmer auch die Übernahme desjenigen Teiles verlangen, in dessen Benutzung er wesentlich gehindert wird. Hierüber entscheidet im Streitfalle die Schätzungskommission.[22]

c) Bei Auflegung einer Benutzungsbeschränkung oder eines sonstigen dinglichen Rechts auf ein Grundstück finden dieselben Grundsätze Anwendung wie bei der teilweisen Abtretung eines Grundstücks. Insbesondere kann der Grundeigentümer auch in diesem Falle unter der angegebenen Voraussetzung die Übernahme des Grundstücks durch den Unternehmer fordern.

Über die Vorschriften bez. der Entschädigung für die Auflegung von Bau- und Straßenlinien usw., welche vielfache Einzelbestimmungen enthalten, s. § 77 III.

3. Irgendwelche Veränderungen, die nach dem Beschlusse von Senat und Bürgerschaft, oder vor diesem Beschlusse nachweislich zur Erschwerung der Enteignung mit dem Grundstücke vorgenommen worden sind, soweit sie nicht zur regelmäßigen Benutzung des Grundstücks gehören, kommen für die Bemessung der Entschädigung nicht in Betracht. Der Unternehmer kann, falls die Veränderung eine Erschwerung des Unternehmens enthält, Wiederherstellung des früheren Zustandes fordern (§ 12 Expropriationsges.).

4. Der Wert ist dem Grundeigentümer in Geld zu ersetzen, soweit nicht etwas anderes ausdrücklich bestimmt ist.[23] Vom Tage der Hingabe des Grundstücks, d. h. der Besitzeinweisung ab, ist die Entschädigungssumme mit 4 % zu verzinsen.[24]

---

22) Vgl. § 5 Abs. 2 Expropriationsges.. Vgl. auch § 3 Ges. v. 5. Mai 1886 betr. Abänderung des im § 102 des Baupolizeiges. vorgesehenen Schätzungsverfahrens.

23) Vgl. z. B. § 7 Nr. 2 Bebauungsplanges., wo eine Entschädigung in Grund und Boden vorgesehen ist.

24) Das Hans. O.L.G. (Beibl. 1882 Nr. 10) hat diesen Zinsfuß als landesüblich für sichere Kapitalanlagen angenommen und die Praxis der Schätzungskommission hat sich dem angeschlossen.

VI. Nach Hamburgischem Recht wirkt die Enteignung als solche nicht dinglich, d. h. der Erwerber erlangt das Eigentum nicht mit dem Enteignungsbeschlusse ohne weiteres, auch erlöschen die dinglichen Rechte nur zum Teil durch die Enteignung.[25]

1. Das Eigentum an dem abgetretenen Grundstück erwirbt der Unternehmer durch die Eintragung im Grundbuche. Er hat nach rechtskräftiger Feststellung der Entschädigung einen obligatorischen Anspruch auf Erteilung der Einwilligung zur Grundbucheintragung gegen den Eigentümer, der letztere einen Anspruch auf Auskehrung der Entschädigungssumme nur gegen die Erteilung dieser Einwilligung (§ 33 Expropriationsges.).

2. Grunddienstbarkeiten und Reallasten, abgesehen von Altenteilsrechten, auch Deichlasten[26] und öffentliche Abgaben bleiben auf dem Grundstück lasten; soweit sie teilbar sind, gehen sie bei teilweiser Abtretung im entsprechenden Verhältnis über (§ 7 Expropriationsges.). Falls auf dem abzutretenden Grundstück haftende Lasten mit dem Unternehmen nicht vereinbar sind, sind sie seitens der Unternehmer durch vollständige Entschädigung abzulösen. Die übergegangenen dinglichen Rechte sind bei der Feststellung der Entschädigung zu berücksichtigen.

3. Gesetzliche, richterliche, letztwillige oder sonstige Veräußerungsverbote oder -beschränkungen stehen der Expropriation nicht entgegen, gehen vielmehr von dem Grundstück auf die Entschädigungssumme über (§ 11 Expropriationsges.). Wird die Entschädigung gütlich vereinbart, oder wird eine die Grenzen der erzwingbaren Enteignung überschreitende Veräußerung vorgenommen, so bedarf dies der Genehmigung der über die Beachtung der fraglichen Verbote oder Beschränkungen wachenden Behörden oder Personen.

4. Persönliche Dienstbarkeiten, ferner Altenteils- und ähnliche Rechte erlöschen mit der Enteignung oder der

---

25) Art. 52, 53 in Verb. mit Art. 109 E.G. z. B.G.B. kommen für das Hamburgische Recht nicht in Betracht, da dieses über die Behandlung der dinglichen Rechte erschöpfende Bestimmungen trifft.

26) Bei teilweiser Abtretung wird die ordentliche Deichlast nach Bestimmung der Deichbehörde verhältnismäßig verteilt oder gegen Entschädigung auf das Restgrundstück übertragen, dagegen geht die außerordentliche Deichlast im entsprechenden Teil auf den Unternehmer über. Diese Bestimmung ist als Spezialbestimmung neben der jüngeren des § 23 Deichordn. v. 4. März 1889 (s. S. 530 Anm. 8) in Kraft geblieben. Vgl. auch Wulff II S. 471 Anm. 8.

Auflegung der Beschränkung, Pacht- und Mietverträge im Falle der ganzen oder teilweisen Enteignung des Grundstücks, falls der Unternehmer es verlangt; im Falle der Auflegung einer Beschränkung, falls die Schätzungskommission es anordnet (§§ 8, 9 Expropriationsges.).

In beiden Fällen sind die bisherigen Berechtigten von dem Grundeigentümer zu entschädigen, doch kann dieser die betreffenden Beträge in seine Entschädigungsforderung aufnehmen. Einen direkten Anspruch gegen den Unternehmer haben diese Berechtigten nicht. Der Unternehmer ist aber zu den Entschädigungsverhandlungen zuzuziehen und kann mit Einverständnis des Eigentümers an dessen Stelle in das Verfahren eintreten (§ 23 Expropriationsges.). Auch können die im Grundbuch eingetragenen dinglich Berechtigten sich an die Entschädigungssumme halten und sind sie bei der Auszahlung der Entschädigung von Amts wegen zu berücksichtigen (§ 8 Abs. 3 Expropriationsges.).

Über die Entschädigung der Berechtigten entscheidet die Schätzungskommission, anderweitige Streitigkeiten zwischen dem Eigentümer und den Berechtigten sind im ordentlichen Rechtswege auszutragen (§ 9 Abs. 2 Expropriationsges.).

5. Hypotheken, Renten und sonstige Leistungen aus dem Grundstück können im Einverständnis mit den Berechtigten unter Anrechnung auf die Entschädigungssumme vom Unternehmer übernommen werden. Geschieht dies nicht, so wird das Grundstück von diesen auf ihm haftenden Rechten befreit (§ 10 Expropriationsges.). Diese Befreiung tritt aber nicht mit dinglicher Wirkung durch den Enteignungsbeschluß ein, sondern nur durch die Löschung im Grundbuch, in welche die Berechtigten gegen ganze oder teilweise Berichtigung ihrer Forderungen einzuwilligen haben. Die Berichtigung der Forderungen erfolgt unter Mitwirkung der Schätzungskommission, welche erforderlichenfalls zu erkennen hat, daß der Berechtigte in die Löschung einzuwilligen habe[27] (§ 33 Expropriationsges.).

a) Bei vollständiger Abtretung eines Grundstücks haben die Hypothekengläubiger Anspruch auf vollkommene Befriedigung aus der Entschädigungssumme einschließlich Zinsen für ein weiteres Vierteljahr. Reicht die Entschädigungssumme hierfür nicht aus, so tritt

27) Aus dieser rechtskräftigen Entscheidung findet die Zwangsvollstreckung statt, welche aber die Parteien zu veranlassen haben (§ 35 Expropriationsges.).

nach Art der Zwangsvollstreckung vor der Schätzungskommission ein Verteilungsverfahren ein.[28] Ist im Verfahren zu erwarten, daß die Entschädigungssumme nicht ausreichen wird, so sind die Hypothekengläubiger zum Verfahren zuzuziehen und können sie dann alle Rechte der Parteien geltend machen (§ 23 Expropriationsges.). Auch die in diesem Verfahren nicht voll befriedigten Gläubiger müssen in die Löschung ihrer Rechte willigen, doch bleibt ihre persönliche Forderung gegen den bisherigen Eigentümer bestehen.

b) Bei teilweiser Abtretung[29] oder Auflegung einer Beschränkung oder wenn der Unternehmer das ganze Grundstück erwirbt, trotzdem nur die teilweise Enteignung oder die Auflegung einer Beschränkung bewilligt worden ist, steht den Hypothekengläubigern ein Wahlrecht zu. Sie haben zu erklären, ob sie die Auszahlung der Entschädigungssumme nach dem Range ihrer Forderungen nebst etwaigen Zinsrückständen aus zwei Jahren verlangen, oder ob sie ohne solche Auszahlung in die lastenfreie Abschreibung des Grundstücksteils oder die Eintragung der Beschränkung einwilligen wollen. Erklären sie sich nicht, so wird der ihnen zukommende Betrag bei der Hinterlegungsstelle hinterlegt und von der Schätzungskommission angeordnet, daß der Gläubiger in die Löschung einzuwilligen habe (§ 33 Abs. 4 Expropriationsges.).

c) Die Ablösung immerwährender Renten erfolgt nach den bestehenden Verträgen oder gesetzlichen Vorschriften (§ 102 I 3), die Feststellung des Wertes sonstiger eingetragener Rechte oder Leistungen durch die Schätzungskommission.

d) Über die Feststellung des Wertes und die Berichtigung nicht eingetragener auf Befriedigung aus dem Grundstücke gerichteter Forderungen, insbesondere der sog. öffentlichen Lasten nach dem Z.V.G., bestimmt das Gesetz nichts. Die Berechtigten haben selbst die erforderlichen Schritte zu ergreifen, um zu einer Befriedigung für ihre Forderungen zu gelangen.

6. Nichteingetragene dingliche Rechte aller Art erlöschen ohne weiteres, soweit sie nicht von dem Grundeigentümer

---

28) Das Verfahren richtet sich nach §§ 105 ff. Z.V.G. Dies folgt aus § 1 Abs. 2 E.G. z. Z.V.G., Art. 4 E.G. z. B.G.B. in Verbindung mit § 27 A.G. z. Z.V.G.

29) So wird auch der Fall behandelt, wenn von mehreren in einer Hypothek verbundenen Grundstücken nicht alle abgetreten werden.



angemeldet, äußerlich erkennbar oder sonst notorisch sind oder von den Berechtigten in einem Aufgebotsverfahren angemeldet werden (§ 19 Expropriationsges.).

VII. Das Verfahren.

1. Eingeleitet wird das Verfahren durch den den Enteignungsplan definitiv feststellenden Beschluß von Senat und Bürgerschaft über die Enteignung (s. IV 2).

Dem Antrage an die Bürgerschaft muß ein genauer Grundriß der Anlage und ein Verzeichnis der dadurch betroffenen Grundeigentümer beigefügt werden, von welchem nach Erlaß des Beschlusses von Senat und Bürgerschaft nur ganz ausnahmsweise, z. B. bei Versehen, nachträglich notwendig werdenden Änderungen usw., abgewichen werden darf. Riß und Verzeichnis sind nach dem Beschlusse öffentlich auszulegen und den beteiligten Behörden sowie dem Grundbuchamt zuzustellen (§§ 3, 14 Expropriationsges.).

2. Hierauf erfolgt das Verfahren vor der Schätzungskommission,[30] welches mit dem Aufgebot der nicht eingetragenen dinglichen Rechte beginnt (s. VI 6) und dann im wesentlichen in einem Offizialverfahren mit teilweisem Parteibetriebe verläuft.[31] Dasselbe ist im einzelnen hier nicht darzustellen. Zu erwähnen ist nur folgendes:

a) Die Schätzungskommission besteht aus 3 Richtern des Landgerichts und 18 Laien, welche im Ehrenamt tätig sind, bei Enteignungen zur Ausführung des Zollanschlusses aus 4 Richtern und 24 Laien (Ges. vom 11. Mai 1883). Sie verhandelt und entscheidet in erster Instanz in der Besetzung von 1 Richter und 2 Laien, in der zweiten von 2 Richtern und 3 Laien.

b) Bei der Entstehung des Gesetzes vom 5. Mai 1886 ist die Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses des Rechtsweges und der Einsetzung einer besonderen Schätzungskommission eingehend erörtert worden.[32] Diese Zulässigkeit ist nicht unzweifelhaft. Sie wird sowohl auf § 15 Ziff. 2 E.G. z. Z.P.O., wie auch auf § 13 G.V.G. gestützt. Letztere Vorschrift würde für die Zulässigkeit sprechen, wenn man die Schätzungskommission nicht als Sondergericht, sondern

30) Vgl. §§ 16 ff. Ges. v. 5. Mai 1886.

31) Einige Abweichungen enthält das Ges. v. 5. Mai 1886 betr. das Verfahren nach § 102 des Baupolizeiges. Insbesondere fällt nach § 2 Nr. 1 die öffentliche Bekanntmachung und das Aufgebot fort.

32) S. näheres bei Wulff II S. 498 Anm. unter III.

als Verwaltungsgericht ansieht. Aber da der Streit über die Entschädigung ein privatrechtlicher ist und der Schätzungskommission eine andere Aufgabe nicht obliegt, so kann man die Schätzungskommission nur schwer als ein Verwaltungsgericht ansehen, trotzdem der Gesetzgeber ihr diesen Charakter hat beilegen wollen.[33] Als eine bloße Vorschrift über das Verfahren bei Streitigkeiten, welche die Zwangsenteignung und die Entschädigung wegen derselben betreffen, im Sinne von § 15 Ziff. 2 E.G. z. Z.P.O., läßt sich die Einsetzung der Schätzungskommission auch nicht auffassen.

c) Der Ausschluß des Rechtsweges.

α) Der ordentliche Rechtsweg ist ausgeschlossen für alle Fragen, welche sich auf die Feststellung der Entschädigung und die Besitzeinweisung beziehen. Dies gilt auch von der Frage, ob die Mitübernahme von Teilen eines Grundstücks, deren Abtretung nicht verlangt ist, oder die Übernahme eines Grundstücks an Stelle der Auflegung einer Beschränkung vom Eigentümer verlangt werden kann (§ 24 Abs. 2 Expropriationsges.).

β) Dagegen kann in jedem Stadium des Verfahrens vor der Schätzungskommission, falls die Parteien sich nicht ausdrücklich der Entscheidung dieser Kommission unterworfen haben oder vorbehaltlos in das Hauptverfahren eingetreten sind, die Verweisung solcher Rechtsverhältnisse vor die ordentlichen Gerichte erfolgen, bei denen Streitfragen, „Präjudizialfragen", auftreten, welche sich auf das Recht an dem zu enteignenden Grundstück oder auf das Bestehen von Dritten behaupteter dinglicher Rechte[34] beziehen, z. B. wenn das Eigentum an dem Grundstück oder die Legitimation der Erben eines Grundeigentümers streitig ist, oder wenn die Grenzen des abzutretenden Grundstücks streitig sind (§ 24 Abs. 1 Expropriationsges.).[35] Jedoch scheiden von der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte alle diejenigen Rechtsfragen aus, bei denen das Eigentum oder das Recht am Grundstück unstreitig ist, insbesondere die Frage, ob das Enteignungsrecht durch Nichtbenutzung untergegangen ist, ob gewisse Werterhöhungen anzurechnen sind usw.

---

33) Vgl. Verh. zw. Sen. und Bürg. 1883 S. 132. Man hat absichtlich den Ausdruck „Schätzungsgericht" vermieden.
34) Vgl. § 33 Abs. 6 Expropriationsges.
35) Vgl. Beibl. 1886 Nr. 161; 1889 Nr. 45; 1896 Nr. 90, sowie Wulff II S. 516 Anm. 2; Lau, Beil. 1 zur Hans. Gerichtsztg. 1901 S. 8.

γ) Die Verweisung vor die ordentlichen Gerichte kann auf Antrag der Parteien, auch derjenigen Dritter, welche ein Recht am Grundstück zu besitzen behaupten, oder von Amts wegen erfolgen; von Amts wegen auch dann, wenn die Parteien ohne Vorbehalt in das Hauptverfahren eingetreten sind, und nur dann nicht, wenn sich die Parteien ausdrücklich und vorbehaltlos der Zuständigkeit der Schätzungskommission unterworfen haben.

δ) Da das Gericht von Amts wegen die Zulässigkeit des Rechtsweges zu prüfen hat, so ist der Überweisungsbeschluß für das Gericht nicht bindend.

ε) Die Überweisung an die ordentlichen Gerichte hat keine Suspensivwirkung für das Enteignungsverfahren. Letzteres nimmt vielmehr seinen Fortgang.

d) Das Verfahren vor der Schätzungskommission zerfällt in ein vorbereitendes Verfahren und die mündliche Verhandlung.

α) In dem vorbereitenden Verfahren (§§ 20—25 Expropriationsges.), welches von Amts wegen eingeleitet und betrieben wird, haben die Parteien in Schriftsätzen ihren Standpunkt zur Entschädigungsfrage darzulegen, worauf eine Beweisaufnahme durch Augenschein, Vernehmung der Parteien, Zeugen und Sachverständigen erfolgt. Am Schlusse des vorbereitenden Verfahrens hat eine Abschätzung durch Sachverständige stattzufinden.

β) Nach Beendigung des vorbereitenden Verfahrens findet die mündliche Verhandlung statt, in welcher die Parteien das Ergebnis des vorbereitenden Verfahrens vorzutragen und zur Sache zu verhandeln haben. Die Schätzungskommission kann durch Beschluß das vorbereitende Verfahren wiedereröffnen oder ein Endurteil fällen. Im Versäumnisfalle ist ein Endurteil ebenso zulässig wie im Falle der kontradiktorischen Verhandlung (§ 26 Expropriationsges.).

γ) Über den Inhalt der Endentscheidung trifft § 28 Expropriationsges. besondere Bestimmungen, vor allem hat die Entscheidung genau anzugeben, welche Gegenstände abzutreten und zu übernehmen, wie die Lasten zu behandeln, welche Entschädigungen zu bezahlen sind, sowie Bestimmungen über die Kosten und Gebühren zu enthalten. Grundsätzlich hat der Unternehmer alle Kosten zu tragen, sofern dieselben nicht von einem Andern verschuldet worden sind.

d) Eine Berufung findet, abgesehen von der Verfügung über die Besitzeinweisung (s. unter f), nur gegen das Endurteil statt. In der Berufungsinstanz können Nova jeder Art vorgebracht werden (§§ 29, 30 Expropriationsges.). Das Verfahren in der Berufungsinstanz besteht in der Einnahme eines Augenscheins und der mündlichen Verhandlung. Gegen das Berufungsurteil findet ein weiteres Rechtsmittel nicht statt (§ 31 Expropriationsges.), auch besteht kein Wiederaufnahme- oder Nichtigkeitsverfahren.

e) Aus den rechtskräftigen Entscheidungen der Schätzungskommission und den vor ihr geschlossenen Vergleichen findet die Zwangsvollstreckung statt (§ 35 Expropriationsges.).[36] Die Beteiligten können aber auch zur Ausführung derselben die Mitwirkung der Schätzungskommission beantragen, welche dann die Hinterlegung der Entschädigungssumme bei der Hinterlegungsstelle anordnen und sonstige sachdienliche Verfügungen treffen kann.

f) Einen Anspruch auf Besitzeinweisung hat der Unternehmer vor der Beendigung des Verfahrens und der Übertragung des Eigentums nicht. Es kann jedoch durch die Schätzungskommission die Besitzeinweisung auf Antrag des Unternehmers schon vorher, eventuell gegen angemessene Sicherheitsleistung, angeordnet werden. Voraussetzung hierfür ist, daß der Antrag auf Anordnung des Aufgebots der nichteingetragenen dinglichen Rechte gestellt und die Abschätzung durch Sachverständige erfolgt oder der für dieselbe erforderliche Tatbestand aktenmäßig festgestellt ist. Regelmäßig soll die Besitzeinweisung erfolgen, wenn vier Monate nach Einreichung des genannten Antrags das Verfahren noch nicht rechtskräftig erledigt ist (§ 32 Expropriationsges.).

Vom Tage der Besitzeinweisung an hat der Unternehmer die Entschädigungssumme mit 4 % zu verzinsen.[37]

Zweites Kapitel.

Erwerb des Eigentums.

§ 83. Erwerb von Grundeigentum durch Ausländer.

I. Nach Art. 88 E.G. z. B.G.B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Erwerb von Grundstücken durch Ausländer von staatlicher Genehmigung abhängig machen, unberührt.

---

36) Die Zulässigkeit dieser Vorschrift beruht auf § 801 Z.P.O.

37) Vgl. Entsch. des R.G. 31 S. 279; 32 S. 210; Beibl. 1882 Nr. 10.

Hamburg hat von diesem Vorbehalt Gebrauch gemacht. Entsprechend seiner früheren Gesetzgebung[1] hat es vorgeschrieben, daß der Erwerb von Grundeigentum durch Ausländer, d. h. Angehörige eines nichtdeutschen Staates, von der Genehmigung des Senats abhängig ist (§ 28 E.G. z. B.G.B.).

Dieses Erfordernis der besonderen Genehmigung muß wegfallen, wenn durch Staatsvertrag des Deutschen Reichs den Angehörigen eines besonderen Staates das Recht eingeräumt ist, Grundstücke ebenso zu erwerben, wie Inländer.[2] Denn die Norm des Reichsrechts geht derjenigen des Landesrechts vor.

---

1) Nach dem durch Art. 28 A.G. z. B.G.B. ausdrücklich aufgehobenen Ges. v. 20. März 1863 betr. den Erwerb von Grundeigentum (Wulff I. Aufl. II S. 295) war der Erwerb von Grundeigentum durch die Angehörigen eines nicht zum Deutschen Bunde gehörenden Staates von der Genehmigung des Senats abhängig. Nach Art. 3 der Reichsverfassung bedürfen alle Reichsangehörigen zum Erwerb von Grundeigentum keiner besonderen Genehmigung mehr, doch galt die Befreiung derjenigen Staatsangehörigen, die früher zum Deutschen Bunde gehört hatten, aber nicht zum Reiche gehören, also für die Österreicher, Lichtensteiner, Luxemburger fort. Jetzt ist diese Befreiung weggefallen, und bedürfen nur die Reichsangehörigen keiner Genehmigung.

2) Solche Bestimmungen finden sich in zahlreichen Staatsverträgen, z. B. in den Verträgen mit Bulgarien v. 1. Aug. 1905 (R.G.B. 1906 S. 1) Art. 2; Columbia v. 23. Juli 1892 (R.G.B. 1894 S. 471) Art. 3; Costa-Rica v. 18. Mai 1875 (R.G.B. 1877 S. 13) Art. 10; Dominika v. 30. Jan. 1885 (R.G.B. 1886 S. 3) Art. 3; Griechenland v. 9. Juli 1884 (R.G.B. 1885 S. 23) Art. 2; Guatemala v. 20. Sept. 1887 (R.G.B. 1888 S. 238) Art. 3, 5, 6, 9; Hawai v. 25. März und 19. Sept. 1879 (R.G.B. 1880 S. 121, 143) Art. 2; Honduras v. 12. Dez. 1887 (R.G.B. 1888 S. 262) Art. 3, 5, 6, 9; Italien v. 6. Dez. 1891 (R.G.B. 1892 S. 97) Art. 2 und Zusatzvertr. v. 3. Dez. 1904 (R.G.B. 1905 S. 413); Madagaskar v. 15. Mai 1883 (R.G.B. 1885 S. 166); Marokko v. 1. Juni 1890 (R.G.B. 1891 S. 378) Art. 1; Mexiko v. 5. Dez. 1882 (R.G.B. 1883 S. 247) Art. 15; Nicaragua v. 4. Febr. 1896 (R.G.B. 1897 S. 171) Art. 3; Paraguay v. 21. Juli 1887 (R.G.B. 1888 S. 178) Art. 2; Rumänien v. 21. Okt. 1893 (R.G.B. 1894 S. 1) Art. 2 und Zusatzvertr. v. 8. Okt. 1904 (R.G.B. 1905 S. 253); Rußland v. 10. Febr. 1894 (R.G.R. 1894 S. 153) Art. 2 (ausgedehnt auf Finnland, ebenda S. 255) und Zusatzvertr. v. 28. Juli 1905 (R.G.B. 1905 S. 36); Schweiz v. 31. Mai 1890 (R.G.B. 1893 S. 269) Art. 2 und Zusatzvertr. v. 12. Nov. 1904 (R.G.B. 1905 S. 319); Serbien v. 21. Aug. 1892 (R.G.B. 1893 S. 269) Art. 2 und Zusatzvertr. v. 29. Nov. 1904 (R.G.B. 1906 S. 319); Schweden v. 8. Mai 1906 (R.G.B. 1906 S. 739) Art. 1; Türkei v. 26. Aug. 1890 (R.G.B. 1891 S. 117) Art. 1; Zanzibar v. 20. Dez. 1885 (R.G.B. 1886 S. 261) Art. 2, 5. Die entsprechenden Bestimmungen der Verträge mit dem Oranje-Freistaat v. 28. April 1897 (R.G.B. 1898 S. 93) Art. 3 und mit der Südafrikanischen Republik v. 22. Jan. 1885 (R.G.B. 1886 S. 209) Art. 2 dürften auch nach der Annexion dieser Staaten durch Großbritannien in Kraft geblieben sein. Die Fassung der einzelnen Vertragsbestimmungen ist eine verschiedene. Aber wenn auch nur von dem Rechte des „Kaufes“ oder „Besitzes“ von Grundeigentum die Rede ist, wird man darunter jede Art des Erwerbes von Grundeigentum zu begreifen haben (vgl. Wulff III S. 14 Anm. 6). — Von europäischen Staaten fehlen hier vor

II. Die Genehmigung des Senats, deren Erteilung im freien Ermessen steht, ist erforderlich bei jeder Art des Erwerbs von Grundeigentum.

1. Sie ist für den dinglichen Erwerb, nicht auch für das zugrunde liegende obligatorische Rechtsgeschäft erforderlich. Wird die staatliche Genehmigung versagt, so wird die Erfüllung eines an sich gültigen obligatorischen Geschäfts unmöglich gemacht.

2. Es muß sich um den Erwerb von Eigentum an Grundstücken handeln. Diesem ist gleichgestellt der Erwerb eines Erbbaurechts (§ 1017 B.G.B.), nicht aber derjenige von sonstigen dinglichen Rechten.

3. Es ist gleichgültig, ob es sich um einen Erwerb durch Rechtsgeschäft, Erbfolge oder durch Gesetz, z. B. durch den Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren, handelt. Will der ausländische Erbe das Grundstück im Grundbuch eintragen lassen, so bedarf er der staatlichen Genehmigung,[3] doch kann er das Grundstück ohne Eintragung und Genehmigung auf einen Andern übertragen.[4] Ein Eigentumserwerb im Sinne des Gesetzes liegt nicht vor, wenn ein auf den Namen des Mannes eingetragenes Grundstück auf den Namen der in fortgesetzter Gütergemeinschaft lebenden Frau und Kinder übertragen werden soll.[5]

III. Die Genehmigung ist erforderlich für ausländische physische und juristische Personen.

1. Bei physischen Personen ergibt die Staatsangehörigkeit, ob sie Inländer oder Ausländer sind. Über die Staatsangehörigkeit werden von der zuständigen Behörde[6] Ausweise ausgestellt.

Mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 28 A.G. hat das Grundbuchamt, bei Zwangsversteigerungen das Vollstreckungsgericht, die Verpflichtung, vor der Eintragung oder dem Zuschlag von dem Erwerber

---

allem: Belgien, Dänemark, Frankreich, Großbritannien, Österreich-Ungarn (vgl. jedoch Art. 1 V des Zusatzvertr. v. 25. Jan. 1905 (R.G.B. 1906 S. 144) bez. des Erwerbs von Grundstücken durch Aktien- und andere Handelsgesellschaften), Portugal (vgl. jedoch hinsichtlich des Erwerbs von Todes wegen den Vertrag v. 2. März 1872 (R.G.B. 1872 S. 254) Art. 3), Norwegen und Spanien.

3) Vgl. Beibl. 1900 Nr. 191.

4) Vgl. §§ 41 G.B.O., 28 Abs. 1 Satz 2 A.G. z. B.G.B.

5) Vgl. Amtsger.Samml. 1902 S. 325.

6) In der Stadt Hamburg werden die Ausweise von der Polizeibehörde, in Ritzebüttel vom Amtsverwalter, sonst von den Landherrnschaften ausgestellt.

den Nachweis der deutschen oder einer solchen Staatsangehörigkeit, für welche eine behördliche Genehmigung nicht erforderlich ist, oder der erteilten Genehmigung des Senats zu fordern.

2. Ausländische juristische Personen sind diejenigen, welche ihren Sitz im Auslande haben, mögen ihre Vertreter Deutsche oder Ausländer sein.

3. Bei Gesellschaften, welche, ohne juristische Personen zu sein, Grundeigentum erwerben können, z. B. offene Handels-, Kommanditgesellschaften, kann es nur von der Staatsangehörigkeit der einzelnen Gesellschafter abhängen, ob die Genehmigung des Senats für einen Grundstückserwerb erforderlich ist. Dies Erfordernis liegt stets vor, sobald einer der Gesellschafter Ausländer ist. Auf den Sitz der Gesellschaft kommt es nicht an.[7]

IV. Ohne die erforderliche Genehmigung des Senats geht das Eigentum am Grundstück nicht über.

1. § 28 A.G. in Verbindung mit § 88 E.G. z. B.G.B. durchbricht diejenigen Vorschriften des Reichsrechts, welche den Eigentumsübergang regeln, z. B. die Bestimmungen der §§ 873, 1922 B.G.B., 90 Z.V.G. Sind die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, fehlt es aber an der staatlichen Genehmigung, so steht das Eigentum an dem Grundstück bis zur Erteilung der Genehmigung demjenigen zu, der es vorher besessen hat, bezw. im Erbfalle den nächsten inländischen gesetzlichen Erben oder in Ermangelung solcher dem Fiskus.[8]

2. Ist unter Verletzung dieser Vorschrift ein Eigentümer ins Grundbuch eingetragen oder auf Grund des Zuschlags das Grundbuch berichtigt worden, so ist gemäß § 54 G.B.O. ein Widerspruch von

---

7) So Wulff III S. 15 Anm. 3; Melchior, Ausführungsges. S. 3; Amtsger.Samml. 1903 Nr. 146. A. M. Beibl. 1901 Nr. 166; Amtsger.Samml. 1901 Nr. 36; 1903 Nr. 147. Letztere Ansicht stützt sich in unzulässiger Weise auf das frühere Recht (Ges. v. 20. März 1863 § 1, dazu Mittelstein, Das Hamb. Ges. betr. Grundeigentum und Hypotheken S. 116 Anm. 5 Abs. 2), welches die offene Handelsgesellschaft als eine juristische Person ansah und daraus ableitete, daß über die Staatsangehörigkeit nicht diejenige der Gesellschafter, sondern der Sitz der Gesellschaft entschied. Letztere Ansicht führt in der Praxis zu unhaltbaren Konsequenzen. Es könnte eine offene Handelsgesellschaft aus lauter Ausländern bestehen, welche insgesamt ohne Genehmigung Grundeigentum erwerben dürften, während sie einzeln dazu nicht befugt wären. Bei der juristischen Person liegt es anders, da für deren Begründung schärfere Voraussetzungen bestehen, als für die offene Handelsgesellschaft. Daher konnte auch einer aus Ausländern gebildeten juristischen Person, die in Deutschland ihren Sitz hat, das Recht zum Grundeigentumserwerb ohne Beschränkung eingeräumt werden.

Amts wegen einzutragen und kann die Berichtigung des Grundbuchs beansprucht werden.

3. Ist unter Verletzung dieser Vorschrift eine Eintragung im Grundbuch erfolgt, so kommen die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs trotzdem zur Anwendung.[8]

§ 84. Der Fund.[1]

Das Fundrecht des B.G.B. hat verschiedene ergänzende Bestimmungen des Landesrechts erforderlich gemacht.

I. Das B.G.B. schreibt in mehrfacher Beziehung die Mitwirkung der Polizeibehörde bei der Behandlung von Fundsachen vor. Der Fund ist der Polizeibehörde unverzüglich anzuzeigen, ebenso die Absicht, eine gefundene Sache wegen Besorgnis des Verderbs versteigern zu lassen, auch kann die Polizeibehörde die Hinterlegung der Sache oder des Versteigerungserlöses anordnen (§§ 965, 966, 967 B.G.B.).

1. Eine Bestimmung darüber, welche Polizeibehörde in Fundsachen zuständig ist, enthält das B.G.B. nicht, da dies Sache des öffentlichen, also des Landesrechts ist.

Für Hamburg sind ausdrückliche Bestimmungen hierüber nicht getroffen worden. Danach muß jede an sich sachlich zur Behandlung von Fundsachen geignete Polizeibehörde für die Entgegennahme der Fundanzeige für zuständig erklärt werden, nämlich die städtische Polizeibehörde und der mit der Ausübung der Ortspolizei in den Landgemeinden betraute Gemeindevorstand.

2. Der Fund braucht nicht bei der Polizeibehörde des Fundortes angezeigt oder abgeliefert zu werden, vielmehr kann er bei jeder Polizeibehörde angezeigt und abgeliefert werden. Für die weitere Behandlung der Fundsache dürfte aber nach Sachlage nur die Polizeibehörde des Fundortes zuständig sein, an welche eine andere Polizeibehörde die Sache abzugeben hat.

II. Wird eine Sache in den Geschäftsräumen oder Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer dem öffentlichen

---

8) Vgl. Melchior, Ausführungsges. S. 4 V a. E.

1) Vgl. Dernburg III § 116.

2) Die Polizeibehörde handelt bei Erlaß der Verfügungen über Fundsachen, die bei ihr angemeldet oder an sie abgeliefert sind, in Wahrnehmung der ihr anvertrauten öffentlichen Gewalt (Beibl. 1905 Nr. 1 59, 1906 Nr. 154).

Verkehr dienenden Verkehrsanstalt[3] gefunden oder ist eine öffentliche Behörde im Besitz einer herausgabepflichtigen Sache, ohne daß die Verpflichtung auf Vertrag beruht und der Behörde der Empfangsberechtigte oder dessen Aufenthalt bekannt ist, so kann die Behörde oder die Verkehrsanstalt die Sache öffentlich versteigern lassen.[4] Dabei sind verschiedene Bestimmungen über öffentliche Bekanntmachungen zu beobachten. Die näheren Bestimmungen hierüber sind in der Bekanntmachung des Senats vom 20. Dezember 1899 getroffen worden.[5]

1. Soweit in einer Bekanntmachung eine Frist zur Anmeldung von Rechten zu bestimmen ist, muß sie mindestens sechs Wochen betragen, welche mit der letzten Einrückung oder mit dem Aushange beginnen (§ 3 Bek.).

2. Bei den Bekanntmachungen, welche von Hamburgischen Landesbehörden und Landesanstalten, Gemeindebehörden und Gemeindeanstalten zu erlassen sind, ist (§ 1 Bek.).

a) obligatorisch ein mindestens sechswöchiger Aushang an der Amtsstelle oder einer sonst hierfür bestimmten Stelle, wobei es für die Gültigkeit der Bekanntmachung unerheblich ist, wenn das Schriftstück zu früh fortgenommen wird;

b) fakultativ eine von der Behörde oder Anstalt beliebig anzuordnende weitere Veröffentlichung, insbesondere durch Einrückung in öffentliche Blätter.

3. Bei den Bekanntmachungen durch die von Privatpersonen betriebenen Verkehrsanstalten[3] ist (§ 2 Bek.)

---

3) Der Begriff der Verkehrsanstalten im Sinne dieser Bestimmung ist bestritten. Zweifellos gehören dazu dem öffentlichen Verkehr dienende, seine Förderung bezweckende Unternehmungen, z. B. Eisenbahnen, Straßenbahnen, Dampfer. Eine verbreitete Ansicht (vgl. Dernburg III S. 360 Anm. 39; Biermann, Sachenrecht § 978 Nr. 1; Crome, System III S. 391; Endemann, Lehrbuch II S. 572 und die weiteren Zitate in Beibl. 1906 Nr. 129; vgl. auch Deutsche Jur. Ztg. 1907 S. 832) geht aber weiter und will alle Anstalten unter diesen Begriff unterordnen, deren Inanspruchnahme ähnlich wie bei den der öffentlichrechtlichen Nutzung allgemein zugänglichen öffentlichen Anstalten dem Zweck gemäß jedermann zugängig ist und welche einer dieser Öffentlichkeit und den mit ihr verbundenen Gefahren entsprechenden geordneten Aufsicht unterstehen; dazu würden auch z. B. Theater, Schulen, Banken usw. gehören.

4) Vgl. §§ 978 ff. B.G.B.

5) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 205; Wulff III S. 86. Die Bekanntmachung stimmt zum Teil mit derjenigen des Bundesrats vom 16. Juni 1898 (R.G.B. 1898 S. 912) betr. die in Fundsachen usw. von Reichsbehörden und Reichsanstalten zu erlassenden Bekanntmachungen überein.

a) obligatorisch

α) die einmalige Einrückung in den öffentlichen Anzeiger des Amtsblatts, sowie

β) wenn der Wert des Fundes fünfzig Mark übersteigt, die je einmalige Einrückung in die Blätter, und zwar

aa) wenn die Anstalt in der Stadt Hamburg betrieben wird, in den Hamburgischen Korrespondenten und die Hamburger Nachrichten,

bb) wenn sie im Landgebiet betrieben wird, in das für landherrliche Anzeigen benutzte Lokalblatt;

γ) die Mitteilung der Bekanntmachung an die städtische Polizeibehörde oder die zuständige Landherrnschaft, je nachdem die Verkehrsanstalt in der Stadt oder im Landgebiete betrieben wird, mit dem Ersuchen, die Bekanntmachung mit dem Verzeichnis der an die Polizeibehörde abgelieferten Fundsachen öffentlich anschlagen zu lassen. Dieser Anschlag ist jedoch für die Wirksamkeit der Bekanntmachung nicht wesentlich.

b) fakultativ die Veranlassung weiterer Bekanntmachungen durch die Anstalt.

§ 85. Das Jagdrecht.

1. Entwicklung und Inhalt des Jagdrechts.

I. Entwicklung des Jagdrechts in Hamburg.

1. Der alte Grundsatz des deutschen Rechts, daß jeder auf seinem Grundstücke das Wild jagen darf, ist auch in Hamburg im Mittelalter demjenigen des Jagdregals gewichen, wonach Private das Recht zu jagen vom Staate erwerben mußten. Nur auf den der Stadt gehörigen Ländereien durften bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts alle Großbürger die Jagd ausüben.[1] Durch Rat- und Bürgerschluß vom 3. Mai 1827 und durch die Jagdverordnung vom 29. Juli 1831 wurde auch dieses Jagdrecht beseitigt und dem Staate als Regal beigelegt.

2. Unter dem Eindruck der Publikation der Grundrechte des deutschen Volkes wurde in Hamburg das Jagdregal durch die Jagdverordnung vom 3. August 1849[2] beseitigt. Allerdings sind die Grundrechte in Hamburg als Gesetz nicht publiziert worden,

1) Vgl. Art. 5 Nr. 10 Haupt-Rezeß von 1712; Westphalen, Hamburgs Verfassung und Verwaltung I S. 346.

2) Vgl. Wulff II S. 306. Für Ritzebüttel erging eine analoge Verordnung am 15. August 1849, für Bergedorf im Dezember 1849 mit Nachtrag vom 12. November 1850 (Lappenberg XXI S. 343, 618).

aber eine Bekanntmachung vom 22. September 1851 [3] bestimmte, daß die Grundrechte außer Kraft treten sollten, sofern nicht einzelne Bestimmungen derselben durch Rat- und Bürgerschlüsse gesetzliche Kraft erlangt hatten. Zu diesen Bestimmungen gehörte auch die Jagdverordnung vom 3. August 1849. Diese Verordnung sprach als Grundsatz aus, daß das Jagdrecht mit dem Grundeigentum untrennbar verbunden sei, daß aber die persönliche Ausübung des Rechts nur den größeren Grundbesitzern zustehe. Als Ergänzung der als Gesetz anzusehenden Jagdverordnung wurde am 27. Dezember 1871 ein Gesetz betr. die Schonzeiten des Wildes erlassen.[4]

Ferner wurde bei der Vereinigung der Vororte mit der Stadt Hamburg durch das Gesetz vom 22. Juni 1894 (§ 11 Abs. 3) bestimmt, daß die Ausübung der Jagd in den der Stadt hinzutretenden Gebietsteilen nur mit Genehmigung der Polizeibehörde und nach deren näheren Anordnungen zulässig sei.[5] Die Polizeibehörde hat darauf am 14. Dezember 1894 eine generelle Verordnung erlassen.[6]

3. Diesen Rechtszustand fand das B.G.B. vor. Dasselbe hat eine Regelung des Jagdrechts nicht getroffen, dieselbe vielmehr in Art. 69 E.G. z. B.G.B. der Landesgesetzgebung überlassen. Das Hamburgische Jagdrecht blieb also in Geltung. Nur zwei Vorbehalte sind zugunsten des Reichsrechts gemacht worden. Das Landesrecht kann den Satz des Reichsrechts (§ 958 Abs. 2 B.G.B.), daß die Besitzergreifung kein Eigentum begründet, wenn die Aneignung gesetzlich verboten ist oder das Aneignungsrecht eines Andern verletzen würde, und die Vorschriften des B.G.B. über den Ersatz des Wildschadens (§ 835 B.G.B.) nicht ändern, soweit nicht besondere Vorbehalte zugunsten der Landesgesetzgebung gemacht worden sind.

4. Hamburg hat von der Befugnis, diese vom Reichsrecht unberührt gebliebene Materie auch nach dem Inkrafttreten des B.G.B. neu zu regeln, im Jagdgesetz vom 2. Januar 1903 [7] Gebrauch gemacht, welches, abgesehen von der Frage der Ausübung der Jagd im Gebiete der Stadt Hamburg (s. 2 a. E.), eine umfassende Regelung des

3) Vgl. Lappenberg XXII S. 251.

4) Vgl. Wulff II S. 309. Unter Berichtigung eines Schreibfehlers ist das Gesetz am 2. Febr. 1872 nochmals publiziert worden.

5) Vgl. Wulff I S. 66.

6) Vgl. Ges.Samml. 1894 II S. 129.

7) Vgl. Ges.Samml. 1903 I S. 1; Wulff IV S. 299.

Jagdrechts enthält und alle früheren gesetzlichen Vorschriften ausdrücklich aufhebt (§ 37). In diesem Gesetz ist auch Bestimmung über den Ersatz des Wildschadens getroffen, soweit von der der Landesgesetzgebung zustehenden Kompetenz, hierüber Bestimmungen zu treffen, für Hamburg Gebrauch gemacht worden ist.

Eine Abänderung des Jagdgesetzes in bezug auf die Festsetzung der Schonzeiten enthält das Gesetz vom 27. Dezember 1905.[8]

II. Inhalt des Jagdrechts.

Das Jagdrecht ist das Recht, auf einem bestimmten Gebiete sich gewisse herrenlose Tiere (das jagdbare Wild) ausschließlich aneignen, d. h. an ihnen durch Besitzergreifung Eigentum erwerben zu dürfen.[9]

1. Das Jagdrecht ist ein absolutes, d. h. gegen jedermann geschütztes Recht. Es besteht aber nicht in der unmittelbaren Herrschaft über körperliche Objekte, sondern in der Befugnis, sich die Herrschaft über Objekte verschaffen zu dürfen, es ist ein Aneignungsrecht. Aus diesem Charakter folgt:

a) Wer schuldhafterweise, z. B. als Wilderer, das Recht verletzt, haftet nach § 823 Abs. 1 B.G.B. dem Berechtigten auf Schadensersatz.

b) Der Unberechtigte erwirbt durch Besitzergreifung weder für sich noch für den Jagdberechtigten Eigentum, vielmehr bleibt die Sache zunächst herrenlos[10] (§ 958 Abs. 2 B.G.B.). Doch dauert das Aneignungsrecht des Jagdberechtigten fort und erlischt auch nicht dadurch, daß das Tier außerhalb des Bezirks der Jagdberechtigung verbracht wird. Der Jagdberechtigte kann sich aber nicht eigenmächtig in den Besitz des Tieres setzen, es sei denn daß die Voraussetzungen für die erlaubte Selbsthilfe (§ 229 B.G.B.) vorliegen, was gegenüber dem Wilderer häufig der Fall ist. Andernfalls muß der Berechtigte gegen den Wilderer auf Grund seines Aneignungsrechts auf Herausgabe des Besitzes klagen; mit der Herausgabe erlangt er Eigentum.[11]

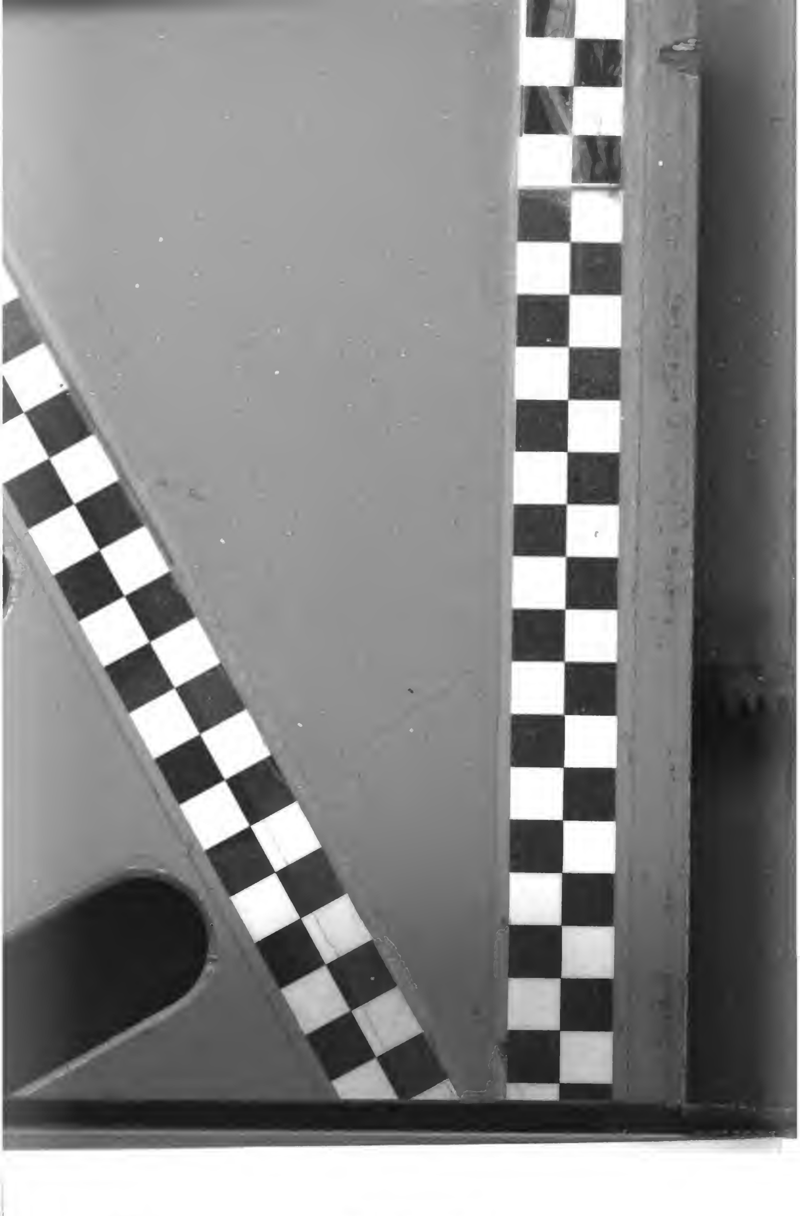
Was für den Nichtberechtigten gilt, trifft auch für denjenigen zu, welcher vom Wilderer das Wild im bösen Glauben erhalten hat. Dagegen erwirbt der Berechtigte, welcher unter Verletzung polizeilicher

8) Vgl. Ges.Samml. 1905 I S. 142.

9) Vgl. zum folgenden Kisch S. 600 ff.; Oertmann S. 372.

10) Der Wilderer begeht also durch die Wegnahme des Wildes keine Unterschlagung, sondern macht sich nach § 292 St.G.B. strafbar.

11) Vgl. Dernburg III S. 333, 344; Planck VI Art. 69 Anm. 4; Oertmann S. 372; Kloß S. 126.



Vorschriften über die Ausübung der Jagd, z. B. über die Schonzeiten des Wildes, ein Tier erlegt, trotzdem Eigentum durch die Inbesitznahme.[12] S. § 86 III 4.

2. Das Jagdrecht enthält kein unbeschränktes Aneignungsrecht. Vielmehr hat der Berechtigte die Verpflichtung, die über die Ausübung des Jagdrechts getroffenen gesetzlichen und polizeilichen Vorschriften zu befolgen (s. § 86).

3. Das Jagdrecht ist kein Eigentum.

a) Es besteht nicht an dem Grund und Boden, wenn es auch in ihm wurzelt und mit ihm untrennbar verbunden ist (§ 1 Jagdges.).

b) Es begründet an sich kein Eigentum an den im Jagdbezirk befindlichen Tieren. Die Tiere sind vielmehr bis zur Aneignung durch den Jagdberechtigten herrenlos (§ 960 Abs. 1 B.G.B.).

Die Besitzergreifung des Wildes kann mittels Erlegens, durch Mitnehmen des Fallwildes, aber auch durch Unterbringung des Wildes in umzäunten Gehegen erfolgen.[13]

4. Das Jagdrecht ist nicht nur privatrechtlich geschützt. Durch die §§ 292—296 S.G.B. sind die wichtigsten Fälle seiner Verletzung auch unter öffentliche Strafe gestellt.

III. Dem Jagdrecht unterworfen sind die im Zustande natürlicher Freiheit befindlichen wilden jagdbaren Tiere (§ 2 Jagdges.).

1. Jagdbar sind alle diejenigen wilden Säugetiere und Vögel, deren Fleisch oder sonstige Bestandteile als menschliches Nahrungs- und Gebrauchsmittel Verwendung zu finden pflegen.

Eine nähere Bestimmung trifft das Jagdgesetz nicht. Man nimmt an, daß alle diejenigen Tiere jagdbar sind, für welche Schonzeiten angeordnet sind, daß aber nicht umgekehrt die Nichtaufnahme in dies Verzeichnis gegen die Jagdbarkeit spricht.[14] Danach sind jagdbar Rot-, Dam- und Rehwild, Hasen, Dächse, Auer-, Birk- und Fasanenwild, Enten, Trappen, Schnepfen, wilde Schwäne und Gänse, Fischreiher, Reb-, Steppen-, Moorhühner, Krammetsvögel (§ 26 Jagdges.). Ferner ergibt sich die Jagdbarkeit aus dem Gesetz für Möwen und Kibitze (§ 27 Jagdges.). Auch sind als jagdbar anzusehen Füchse, Iltisse, Marder

12) Vgl. Dernburg III S. 333 Anm. 6.
13) Vgl. Dernburg III S. 344; Jur.Wochenschr. 1895 S. 93 Nr. 19.
14) Vgl. Entsch. des R.G. in Straff. 5 S. 88, 8 S. 72; Dernburg III S. 343.

und wilde Kaninchen, deren Felle als Gebrauchsmittel Verwendung zu finden pflegen.

2. Für die Aneignungsberechtigung ist es gleichgültig, ob die Tiere noch leben oder schon tot sind. Auch das Fallwild und die Teile desselben, z. B. die Geweihe, unterliegen dem Aneignungsrecht desjenigen, welcher am Fundorte jagdberechtigt ist,[15] soweit sie auf Eisenbahnkörpern, öffentlichen Wegen und Wasserläufen gefunden werden, dem Recht des Jagdberechtigten in dem von diesen Verkehrswegen durchschnittenen Gebiet (§ 25 Abs. 2 Jagdges.).

3. Dem Aneignungsrecht sind in gewissem Umfange auch unterworfen die Eier jagdbarer Vögel, und zwar unter der Voraussetzung, daß sie im Freien gelegt sind und der Jagdberechtigte sie in Besitz nimmt, um sie ausbrüten zu lassen (§ 27 Jagdges.). S. auch unter 4 b.

4. Dem Jagdrecht unterliegen nicht:

a) diejenigen wilden Tiere, welche nicht wegen des ihnen innewohnenden Aneignungswertes, sondern nur wegen ihrer Schädlichkeit getötet zu werden pflegen, vor allem das sog. Raub- oder schädliche Wild, soweit dasselbe nicht zu den jagdbaren Tieren gehört. Fällt es nicht unter das jagdbare Wild, wie z. B. Ratten, Hamster, Schlangen, so tritt die Regel des Reichsrechts ein, daß jeder sich durch die Besitzergreifung zum Eigentümer dieser Tiere machen kann.

Schädliche Tiere, mögen sie jagdbar sein, wie z. B. Marder, Iltisse, Schwarzwild, oder nicht, darf jeder auf seinem Hofraum und in seinem Garten fangen und töten[16] (§ 30 Jagdges.). Diese Befugnis hat nicht nur der Grundeigentümer, sondern auch der Nutznießer, der Pächter. Dieses Tötungsrecht ist nicht Ausübung des Jagdrechts, sondern Geltendmachung eines auf den Grundsätzen der Notwehr und des Notstandes beruhenden besonderen Rechtes, nach welchem Eigentümer und diesen gleichgestellte Personen befugt sind, das Raubwild zu töten und Eigentum daran zu erwerben.

b) die Vogelarten, deren Erlegung oder Aneignung durch Reichs- oder Landesgesetz verboten ist.

Es kommt hier vor allem das Reichsgesetz vom 22. März 1888

---

15) § 26 Abs. 2 Jagdges. spricht zwar davon, daß diese Gegenstände dem Berechtigten „gehören". Doch soll damit nichts anderes gesagt sein, als daß sie dem Aneignungsrecht unterliegen. So auch Wulff IV S. 307 Anm. 7.

16) Nach dem früheren Jagdgesetz (§ 6) hatte jeder das Recht, alles in seinen eingefriedigten Hof oder Garten eindringende Wild zu erlegen. Dies Recht ist durch das Jagdgesetz vom 2. Jan. 1903 beseitigt worden.

betr. den Schutz von Vögeln in Betracht, welches sich aber nicht auf die nach Maßgabe der Landesgesetze jagdbaren Vögel bezieht.

Nach Landesrecht ist das Ausnehmen der Jungen jagdbarer Vögel absolut verboten, und das Ausnehmen der Eier dieser Vögel, soweit es sich nicht um Möwen und Kibitze handelt (§ 27 Jagdges.). Die Eier der Möwen und Kibitze unterliegen dem Jagdrecht nicht, vielmehr ist jedermann das Ausnehmen und die Aneignung dieser Eier ohne besondere Erlaubnis gestattet.

c) Haustiere und im Privateigentum stehende wilde Tiere (§ 960 B.G.B.).

Besondere Bestimmungen sind getroffen für Hunde und Katzen, welche ohne Aufsicht im Jagdgebiet umherstreifen.[17] Diese dürfen von dem Jagdberechtigten oder dem von ihm zur Ausübung der Jagd Befugten getötet werden (§ 31 Jagdges.).

α) Die Tiere müssen aufsichtslos sein. Dies ist nicht der Fall, wenn sie sich noch in der Nähe des Herrn oder in dessen Ruf- oder Pfiffweite befinden.

β) Sie müssen umherstreifen. Dazu genügt nicht, daß der Hund sich im Jagdgebiet aufhält. Vielmehr muß er planlos umherlaufen. Insbesondere liegt ein Umherstreifen nicht vor, wenn der Hund während einer Jagd bloß überläuft oder wenn er im Walde ruhig liegt.

γ) Die Tiere müssen noch im Umherstreifen begriffen sein, es genügt nicht, daß sie früher einmal umhergestreift sind.

δ) Nicht nur der Jagdberechtigte selbst hat das Tötungsrecht, sondern auch der von ihm zur Ausübung der Jagd Befugte und ein von ihm mit der Tötung Beauftragter, da dies Recht persönlich nicht ausgeübt zu werden braucht.

ε) Das Recht geht nur auf Tötung, nicht auf Aneignung des toten Tieres, soweit dasselbe im Privateigentum steht.

ζ) Das Tötungsrecht ist ebensowenig wie dasjenige bez. des Raubwildes (s. unter a) ein Ausfluß des Jagdrechts, sondern Geltendmachung eines auf den Grundsätzen der Notwehr und des Notstandes beruhenden, aber mit dem Jagdrecht zusammenhängenden und daher neben dem B.G.B. geltenden besonderen Rechts. Wer von diesem Rechte Gebrauch macht, ist wegen mangelnder Widerrechtlichkeit nicht ersatzpflichtig nach § 823 B.G.B., es sei denn, daß die Voraussetzungen des § 226 vorliegen.

17) Bez. des Katzentötungsgesetzes v. 11. Nov. 1898 vgl. S. 193.

§ 86.

2. Jagdberechtigung und Jagdausübung.

Es ist grundsätzlich zu unterscheiden zwischen der Berechtigung zum Jagen und der Berechtigung zur Ausübung der Jagd. Beides fällt keineswegs immer zusammen.

I. Das Jagdrecht steht dem Eigentümer des Grundstücks zu und kann von dem Eigentum am Grundstück nicht getrennt werden (§ 1 Jagdges.).

1. Es ist gleichgültig, ob der Eigentümer eine physische oder juristische Person ist. Steht das Eigentum am Grundstück mehreren Miteigentümern nach ideellen Anteilen zu, so gilt dasselbe vom Jagdrecht. Der Nießbraucher hat Anspruch auf den Ertrag aus dem Jagdrecht,[1] nicht aber der Grundstückspächter. Ebenfalls ist es gleichgültig, ob es sich um festes Land oder ein Gewässer handelt.

2. Auf Grundstücken, welche öffentliche Sachen sind, steht das Jagdrecht demjenigen zu, welcher als der Eigentümer gilt, regelmäßig also dem Staat oder der Gemeinde. Da am Bett des öffentlichen Flusses ein Eigentum nicht besteht (s. § 92 III), so kann auf ihm, wie auf den Inseln, welche zur Ebbezeit freiliegen, jeder, vorbehältlich polizeilicher Anordnungen, frei jagen.[2] Auf nicht öffentlichen Flüssen steht das Jagdrecht den Eigentümern der Flüsse, also regelmäßig den Anliegern zu.

3. Das Jagdrecht kann von dem Grundeigentum nicht getrennt werden; unzulässig ist die Bestellung eines Jagdrechts auf fremdem Grund und Boden im Sinne einer Grund-[3] oder persönlichen Dienstbarkeit.

Dagegen kann durch Übertragung des Rechts zur Ausübung der Jagd ein persönliches, obligatorisches Recht, auf fremdem Boden die Jagd auszuüben, geschaffen werden. Darin liegt nicht die Begründung eines eigenen Jagdrechts, sondern nur die Befugnis, in Vertretung des Jagdberechtigten das Recht auszuüben.

II. Die Berechtigung zur Ausübung des Jagdrechts.

---

1) Vgl. Kisch S. 605.
2) Vgl. Urteil des O.L.G. v. 27. Juli 1904 (Entsch. d. O.L.G. in Strafsachen III S. 32).
3) Vgl. § 85 I 2.

1. In den früheren Vororten der Stadt Hamburg — in dem früheren Stadtgebiete selbst kann von einer Jagd überhaupt nicht die Rede sein — ist die Ausübung der Jagd nur mit besonderer Genehmigung der Polizeibehörde und nach deren näheren Anordnungen zulässig.[4]

Die Polizeibehörde hat am 14. Dezember 1894[5] eine Bekanntmachung erlassen, nach welcher den Eigentümern und Pächtern der Grundstücke in der Winterhuder Feldmark, dem Horner Feldland, dem Hammer Hof und dem Billwärder Ausschlag widerruflich und bedingungsweise die Genehmigung zur Ausübung der Jagd erteilt worden ist. Demgemäß sind in den erwähnten Gebieten die Jagdberechtigten bis auf weiteres auch zur Ausübung der Jagd berechtigt.

2. Für das Hamburgische Landgebiet ist die Berechtigung zur Ausübung der Jagd im Jagdgesetz geregelt.

a) Der Jagdberechtigte ist auch zur Ausübung des Jagdrechts befugt

α) wenn seine Ländereien einen land- oder forstwirtschaftlich benutzten Flächenraum von mindestens 75 Hektar einnehmen und in ihrem Zusammenhange nicht durch Grundstücke anderer Eigentümer unterbrochen werden und nicht mehr als drei Miteigentümer an den Ländereien beteiligt sind. Eisenbahnkörper, Wege und Gewässer gelten nicht als Unterbrechung (§§ 3, 4 Jagdgesf.). Nicht die tatsächliche Art der Benutzung der Fläche entscheidet, vielmehr genügt es, daß sich die Grundfläche zu solcher Benutzung eignet.[6]

Steht das Miteigentum an dem Grundstück mehr als drei Personen zu, so müssen sie die Ausübung des Jagdrechts auf nicht mehr als drei von ihnen übertragen lassen oder die Jagd durch einen angestellten Jäger ausüben lassen oder sie verpachten. Bevor eine Mitteilung hierüber der Landherrnschaft nicht gemacht ist, darf das Jagdrecht nicht ausgeübt werden.

β) wenn seine Grundstücke dauernd und vollständig eingefriedigt sind, eine Gefahr für den Verkehr ausgeschlossen ist und die Landherrnschaft nach Anhörung des Jagdvorstandes des gemeinschaftlichen Jagdbezirks (s. unter b γ) die Erlaubnis zur eigenen Ausübung der Jagd erteilt (§ 3 Jagdgesf.).

4) Vgl. § 13 Abs. 3, Ges. v. 22. Juni 1894 betr. die Vereinigung der Vorstadt usw. mit der Stadt.
5) Vgl. Ges.Samml. 1894 II S. 130.
6) Vgl. Dernburg III S. 341 Anm. 6; Wulff IV S. 300 Anm. 2.

Die Erteilung der Erlaubnis steht im freien Ermessen der Landherrnschaft, eine Klage auf Erteilung der Erlaubnis ist nicht gegeben, wohl aber können die Entscheidungen der Landherrnschaft im Wege des Rekurses an die Senatssektion für Gewerberekurssachen angefochten werden. Wenn die Voraussetzungen, unter denen die Erlaubnis erteilt worden ist, wegfallen, ist die Erlaubnis zu entziehen.

γ) wenn nachträglich die Voraussetzungen unter α oder β eintreten, also durch Eigentumszuwachs das zur eigenen Ausübung der Jagd erforderliche Terrain in der Hand eines Grundeigentümers vereinigt wird oder dessen Grundstück eine vorschriftsmäßige Einfriedigung erhält (§ 12 Abs. 7 Jagdges.). In diesem Falle erhält der Eigentümer die Berechtigung zur Ausübung der Jagd aber erst am Ende des laufenden Pachtjahres.

δ) wenn im Amte Ritzebüttel Grundeigentümer nach dem früheren Recht auf einem geringeren Flächenraum als 75 Hektar zur Ausübung der Jagd berechtigt waren und der Amtsverwalter ihnen für die Dauer ihrer Besitzzeit die Ausübung des Jagdrechts gestattet (§§ 34, 35 Jagdges.). Diese Erlaubnis ist eine persönliche und erlischt sowohl mit der Aufgabe des Grundstücks durch denjenigen, welcher das Eigentum an demselben zur Zeit des Inkrafttretens des Jagdgesetzes vom 2. Januar 1903, dem 1. April 1903, besessen hat, als auch durch den Tod dieses Eigentümers.

b) Soweit die Jagdberechtigten zur Ausübung der Jagd nicht berechtigt sind, werden durch Zusammenlegung der Grundstücke gemeinschaftliche Jagdbezirke gebildet.

α) Die Jagdbezirke werden regelmäßig gemeindeweise gebildet, es sind aber die aus früherer Zeit vorhandenen anderweitig zusammengesetzten Jagdbezirke bestehen geblieben,[7] auch können mehrere aneinander grenzende Jagdbezirke zu gemeinschaftlichen Bezirken zusammengeschlossen werden (§§ 5, 7 Jagdges.).

β) Von den gemeinschaftlichen Jagdbezirken sind ausgeschlossen:

aa) die Grundstücke, auf welchen der Grundeigentümer selbst die Jagd ausüben darf (s. unter a);

7) Vorbehaltlich des Rechts der Landherrnschaft, eine Änderung in der Abgrenzung vorzunehmen (§ 5 Abs. 2 Jagdges.).

bb) die Grundstücke des S t a a t s ohne eigene Berechtigung zur Jagdausübung (§ 5 Abs. 1 Jagdges.);

cc) die dauernd und vollständig e i n g e f r i e d i g t e n Grundstücke, und zwar auch wenn sie nicht unter aa fallen (§ 5 Abs. 3 Jagdges.);

dd) zum g ä r t n e r i s c h e n Betriebe benutzte Grundstücke, bez. deren die Mitgliederversammlung der Jagdgenossenschaft (s. γ cc) beschlossen hat, daß auf ihnen die Jagd ruhen soll[8] (§ 8 Abs. 2 Jagdges.).

In allen Fällen sind die Eigentümer berechtigt, aber nicht verpflichtet, mit ihren Grundstücken einem Jagdbezirk beizutreten, im Falle aa aber nur mit Zustimmung des Jagdvorstandes (§ 7 Abs. 2). Soweit sie nicht verpflichtet sind, dem Jagdbezirk beizutreten, können die Grundeigentümer jederzeit wieder austreten.[9]

Soweit auf den erwähnten Grundstücken die Jagd von dem Eigentümer nicht selbst ausgeübt werden darf, ruht die Jagdausübung bis zum Anschluß an einen Jagdbezirk (§ 5 Abs. 4 Jagdges.).

Grundstücke, welche die Voraussetzungen für die eigene Ausübung der Jagd verlieren, fallen sofort in den zuständigen Jagdbezirk.

γ) S ä m t l i c h e E i g e n t ü m e r v o n G r u n d s t ü c k e n eines gemeinschaftlichen Jagdbezirks, soweit die Grundstücke nicht nach β ausgeschlossen sind oder nur Gebäude und Hofraum sowie Gärten von geringem Umfange enthalten, bilden eine Gemeinschaft, welche man als J a g d g e n o s s e n s c h a f t bezeichnen kann.[10] Der Staat wird, wenn er mit seinen Grundstücken einem Jagdbezirk beitritt, in der Jagdgenossenschaft durch die Finanzdeputation vertreten.

aa) Die Jagdgenossenschaft ist keine juristische Person, da es an einer gesetzlichen Bestimmung hierüber fehlt, sondern eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. B.G.B.). Die Kontrahenten, insbesondere die Jagdpächter, treten nicht zu den einzelnen Grundbesitzern, sondern nur zu ihrer Gesamtheit in Rechtsbeziehungen.[11]

---

8) Ein solcher Beschluß kann immer nur für die Dauer einer Pachtperiode gefaßt werden.

9) Ist die Jagd in den gemeinschaftlichen Jagdbezirken verpachtet, so können staatliche und eingefriedigte Grundstücke nur mit dem Zeitpunkte der Beendigung der laufenden Pachtverträge ein- oder austreten.

10) Dieser Ausdruck findet sich zwar im Gesetz nicht, doch läuft die ganze Regelung des Rechtsverhältnisses der zur Bildung eines gemeinschaftlichen Jagdbezirks zusammengefaßten Grundeigentümer auf eine Jagdgenossenschaft hinaus.

11) Vgl. Entsch. des R.G. 25 S. 353.

bb) Die Jagdgenossenschaft hat einen auf 6 Jahre gewählten und aus mindestens 3 Personen bestehenden Jagdvorstand (§ 9 Jagdges.). Der Jagdvorstand hat die Genossenschaft in allen jagdlichen Angelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. Er hat auch die Geschäftsführung für die Genossenschaft und in dieser Eigenschaft u. a. ein Verzeichnis der zum Jagdbezirk gehörigen Eigentümer mit Angabe des Flächenraums ihrer Grundstücke und des danach sich ergebenden Stimmrechts (s. unter cc) anzulegen und zu führen (§ 11 Jagdges.). Auch hat er seine und der Genossenschaft Beschlüsse, sowie den Inhalt der Jagdpachtverträge binnen 14 Tagen der Landherrnschaft mitzuteilen (§ 10 Jagdges.).

cc) Das oberste Organ der Jagdgenossenschaft ist die Mitgliederversammlung. Sie hat alle auf die Ausübung der Jagd bezüglichen Beschlüsse zu fassen, insbesondere darüber, ob die Jagd verpachtet oder durch angestellte Jäger ausgeübt, oder ob sie ruhen, oder ob sie im Zusammenschluß mit andern Jagdbezirken betrieben werden soll. In anderer Weise darf die Jagd im Jagdbezirk nicht ausgeübt werden.[12] Die Versammlung hat auch den Jagdvorstand zu wählen (§ 8 Jagdges.).

Die Beschlüsse werden mit Stimmenmehrheit gefaßt. Jeder Grundeigentümer hat für je angefangene 10 Hektar eine Stimme bis zur Höchstzahl von 5 Stimmen[13] (§ 8 Abs. 4 Jagdges.).

dd) Der Ertrag der Jagd fällt den Mitgliedern der Jagdgenossenschaft gemeinschaftlich zu. Die Beteiligung der einzelnen Mitglieder am Ertrage der Jagd richtet sich nach dem Verhältnis des Flächeninhalts ihrer Grundstücke zum gesamten Flächeninhalt des Jagdbezirks (§ 8 Abs. 7 Jagdges.). Die Mitglieder haben einen Anspruch auf ihren Anteil, welchen sie gegenüber der Genossenschaft, vertreten durch den Jagdvorstand, geltend machen können.

An diesen Vorschriften wie an denjenigen über die Mitgliederversammlung, ihre Rechte und das Stimmrecht der einzelnen Mitglieder kann durch Vereinbarung nichts geändert werden (§ 8 Abs. 8 Jagdges.).

---

12) Vgl. §§ 5 Abs. 1 Satz 2, 8 Abs. 1 Jagdges.
13) Streitigkeiten über die Stimmberechtigung des einzelnen werden von der Landherrnschaft endgültig entschieden (§ 8 Abs. 8 Jagdges.).

c) Besonders geregelt ist der Fall des Jagdanschlusses (§ 6 Jagdges.).

Beträgt ein Gemeindejagdbezirk weniger als 75 Hektar oder werden ein oder mehrere zusammenhängende Grundstücke eines Gemeindebezirks von weniger als 75 Hektar Flächenraum durch ein fremdes Jagdgebiet von den übrigen Grundstücken ihrer Gemeinde getrennt, so müssen der Gemeindejagdbezirk oder die Grundstücke einem angrenzenden Jagdgebiet angeschlossen werden. Dieses Jagdgebiet braucht kein gemeinschaftlicher Jagdbezirk zu sein, es kann auch das eigene Jagdgebiet eines einzelnen Eigentümers sein.

Die Ausübung der Jagd regelt sich nach einer Vereinbarung der Parteien. Solange eine Vereinbarung nicht zustande kommt, ruht die Jagd auf dem Terrain von weniger als 75 Hektar Flächenraum.

3. Die Verpachtung der Jagdausübung.

Die zur Ausübung der Jagd Berechtigten können die Ausübung verpachten. Dies gilt sowohl von den zur eigenen Ausübung der Jagd berechtigten Personen, als von der Jagdgenossenschaft.

a) Über die Jagdpachtverträge hat das Gesetz im § 12 eingehende Vorschriften aufgestellt.[14] Diese Bestimmungen werden durch die Vorschriften des B.G.B. ergänzt, soweit sie von denselben nicht abweichen. Die Abweichungen sind zulässig nach Art. 69 E.G. z. B.G.B.

α) Der Pachtvertrag muß schriftlich auf mindestens 6 und höchstens 12 Jahre, und zwar beginnend vom 1. April eines Jahres, abgeschlossen werden.[15] Die schriftliche Form genügt auch für Pachtverträge, welche die Finanzdeputation über Jagden auf staatlichen Terrains abschließt, eine öffentliche Verpachtung ist in diesem Falle nicht vorgeschrieben.

β) Die Verpachtung der Ausübung der Jagd darf nur einheitlich und nicht an mehr als drei Personen gemeinschaftlich erfolgen.

---

14) Diese Bestimmungen sind nur anwendbar auf Verträge über solche Jagden, die im Hamburgischen Staatsgebiet belegen sind, nicht auf Verträge, die in Hamburg über auswärtige Jagden abgeschlossen sind; vgl. Beibl. 1904 Nr. 73.

15) Beim Ablauf älterer Pachtverträge wird evtl. die Zeit vom Ende des Pachtvertrages bis zum nächsten 1. April für ein volles Jahr gerechnet (§ 12 Abs. 8 Jagdges.).

γ) Afterverpachtung ist nur mit Zustimmung des Verpächters gestattet. Dies ist auch der Fall, wenn die Afterverpachtung äußerlich in die Form eines Gesellschaftsvertrages gekleidet ist.[16]

δ) Der Pachtvertrag endigt vor Ablauf der Pachtzeit in folgenden Fällen:

aa) wenn der Pächter stirbt. Stirbt einer von mehreren Jagdpächtern, so bleiben die Überlebenden Alleinpächter, können aber den Pachtvertrag binnen 3 Monaten nach dem Tode des Mitpächters auf den Schluß des Pachtjahres kündigen. Sind zwei Überlebende vorhanden, so können sie das Kündigungsrecht nur gemeinschaftlich ausüben. Inwieweit der eine einen Anspruch gegen den andern auf Mitwirkung bei der Kündigung hat, richtet sich nach ihrem inneren Rechtsverhältnis (s. unter 5).

bb) auf Verlangen des Verpächters ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist, wenn der Pächter länger als 4 Wochen mit der Zahlung der Jahrespacht rückständig ist oder keinen Jagdschein erhält oder denselben durch richterliches Erkenntnis verliert. Doch hat der Pächter in diesen Fällen die Pacht für das laufende Jahr zu entrichten.

cc) mit dem Ende des laufenden Pachtjahres, wenn ein Grundbesitzer nachträglich das Recht der eigenen Ausübung der Jagd erwirbt. Der Pächter kann dann eine Ermäßigung der Jagdpacht verlangen, Streitigkeiten hierüber entscheidet unter Ausschluß des Rechtsweges endgültig die Landherrnschaft.

dd) Abgesehen hiervon wird man aber auch in Anwendung der §§ 581, 553 B.G.B. ein sofortiges Kündigungsrecht des Verpächters annehmen müssen, falls der Jagdpächter die Jagd entgegen der Abmahnung des Verpächters in vertragswidriger Weise ausübt, oder die Jagdausübung ohne Genehmigung des Verpächters einem Dritten überläßt oder das Wild übermäßig hegt.

ε) Ein Pachtvertrag, welcher entgegen den vorerwähnten Bestimmungen, abgesehen von derjenigen über den Beginn des Pachtjahres und dem Fall unter δ cc, abgeschlossen ist, ist nichtig.

16) Vgl. z. B. den Fall in Beibl. 1904 Nr. 73. Durch das Erfordernis der Genehmigung soll eine Umgehung des Verbots der Zulassung von mehr als drei Pächtern verhütet werden. Vgl. auch Entsch. des R.G. 63 S. 294.

b) Der Jagdpächter erlangt durch den Vertrag das Recht, in dem ihm zugewiesenen Gebiet die Jagd auszuüben.[17] Dieses Recht des Pächters ist ein absolutes, insofern der Pächter ebenfalls das ausschließliche Recht hat, sich das jagdbare Wild anzueignen und hierin rechtlich geschützt ist. Dieses Recht steht ihm namentlich auch gegen den Grundeigentümer zu. Doch ist das Recht des Jagdpächters kein dingliches, sondern ein obligatorisches Recht. Gegenstand dieses Vertrages ist nicht das Grundstück, auf welchem die Jagd ausgeübt wird, überhaupt nicht eine Sache, sondern ein Recht, die „Jagd".[18] Andererseits hat der Jagdpächter nur ein abgeleitetes Recht. Das Recht ist beschränkter als dasjenige des Grundeigentümers, da es an die Grenzen des Vertrages gebunden ist und in seinem Bestande von dem Recht des Jagdberechtigten abhängt.

4. Von der Übertragung des Ausübungsrechtes ist die Gestattung der Ausübung des Rechts im Namen und für Rechnung des Jagdberechtigten zu unterscheiden.

a) Diese Erlaubnis kann von dem zur Ausübung der Jagd Berechtigten erteilt werden, und zwar an Jagdgäste, angestellte Jäger usw.

b) Sie darf nicht gegen Entgelt erteilt werden (§ 21 Jagdges.).

c) Personen, welche diese Erlaubnis erhalten, müssen, abgesehen von den angestellten Jägern, sofern sie sich nicht bei dem Jagdberechtigten oder dessen angestellten Jägern befinden, außer dem Jagdschein (s. unter III 3 a) einen Erlaubnisschein des Berechtigten über die Dauer der gestatteten Jagdausübung bei sich führen.

d) Diese Personen erwerben die Jagdbeute nicht für sich, sondern für den Berechtigten, der ihnen die Erlaubnis erteilt hat.

e) Die Haftung des Berechtigten für unerlaubte Handlungen dieser Personen richtet sich nach § 831, eventuell auch § 278 B.G.B.

5. Mehrere zur Jagdausübung Berechtigte, sei es daß sie aus eigenem Recht die Jagd ausüben dürfen, oder daß sie Jagdpächter sind, oder daß sie zur einen oder anderen Art von Berechtigten gehören, können sich gegenseitig verpflichten, gemeinsam die Jagd auszuüben, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten. Dann liegt eine Jagdgesellschaft vor, welche den Vorschriften des B.G.B. über die

17) Vgl. Kisch S. 607.
18) Vgl. Entsch. des R.G. 51 S. 280; Seuff. Arch. 60 S. 437.

Gesellschaft (§§ 705 ff.) untersteht. Es kommen aber folgende Besonderheiten in Betracht:

a) Der zur eigenen Jagdausübung Berechtigte kann über die Jagdausübung auf seinem Grundstück mit solchen Personen, welche an sich zur Jagdausübung nicht befugt sind, einen Gesellschaftsvertrag nicht abschließen, wohl aber einen Pachtvertrag.

Sind die zur Jagdausübung berechtigten Personen Pächter, so können sie keinen Gesellschaftsvertrag unter mehr als drei Personen abschließen. Überdies liegt in dem nachträglichen Hinzutritt eines Gesellschafters ein Fall der Afterverpachtung, welcher der Genehmigung der Verpächter bedarf. Entgegenstehende Gesellschaftsverträge sind nichtig.[19]

b) Die Gesellschaft erlischt mit dem Tode eines Gesellschafters, soweit sich aus dem Vertrage nicht ein anderes ergibt. Besteht die Gesellschaft aus drei Jagdpächtern und stirbt davon einer, so ist anzunehmen, daß die Gesellschaft nicht aufgelöst ist, da nach dem Jagdgesetze der Pachtvertrag unter den beiden andern Pächtern fortläuft (siehe S. 483). Wird in diesem Falle auf gemeinschaftlichen Beschluß der Gesellschafter der Pachtvertag zum Ende des Pachtjahres gekündigt, so ist darin auch die Auflösung der Gesellschaft zu diesem Zeitpunkte zu erblicken.

III. Die Ausübung der Jagd.

1. Der zur Ausübung der Jagd Berechtigte darf alle Handlungen vornehmen, welche zur Einfangung, Erlegung und Besitznahme des jagdbaren Wildes erforderlich und dienlich sind. Er darf zu dem Zwecke die Grundstücke des Grundeigentümers betreten, auch vor der Ernte, aber nur unter Schonung der Interessen des Eigentümers.[20] Er darf auch Anstalten zur Förderung des Wildstandes und zur Verhinderung des Austrittes von Wild aus seinem Jagdgebiete treffen. Die Bestimmung des früheren Rechts, daß die Jagd nur so ausgeübt werden dürfe, daß dadurch weder dem Staat noch Privaten ein Schaden zugefügt werde,[21] ist bewußterweise als zu weitgehend in das neue Gesetz nicht aufgenommen worden. Gegen eine unangemessene, das Maß des Herkömmlichen überschreitende Hegung des Wildstandes gewähren die §§ 823 ff. B.G.B. Schutz.

---

19) Vgl. Entsch. des R.G. 27 S. 235.
20) Vgl. Dernburg III S. 347.
21) Vgl. § 8 Jagdver. v. 25. Juni 1849.

Gegen Eingriffe in sein Recht kann der Jagdberechtigte gerichtlich vorgehen, insbesondere die Beseitigung eines ihn schädigenden Zustandes und Schadensersatz fordern. Er kann aber nicht verhindern, daß der Eigentümer durch Zäune oder andere Weise seine Grundstücke vor dem Eindringen des Wildes zu schützen sucht.[22] Unter gewissen Umständen liegt in der Unterlassung der Herstellung von Schutzvorrichtungen sogar ein Verschulden seitens des Grundeigentümers (s. IV 2 e).

2. Der Berechtigte darf die Jagd nur in seinem Jagdgebiete ausüben.

Das Recht der Jagdfolge, nach welchem jemand das im eigenen Revier angeschossene Wild auf fremdes weiter verfolgen und dort sich aneignen darf, besteht nach dem Gesetz nicht. Es ist nur dann gegeben, wenn benachbarte Jagdberechtigte die Jagdfolge miteinander vereinbart haben (§ 25 Jagdges.). Der Jagdberechtigte kann von dem Nachbar auch nicht die Herausgabe des von ihm angeschossenen, drüben verendeten Wildes fordern, da das letztere lediglich der Aneignungsberechtigung des am Fundordt Jagdberechtigten unterliegt (s. § 85 III 2).

3. Im polizeilichen Interesse sind eine Anzahl von Vorschriften getroffen worden, welche die Ausübung des Jagdrechts beschränken, sei es zum allgemeinen öffentlichen Nutzen, sei es zur Schonung des Wildstandes.

a) Diejenigen Personen, welche die Jagd ausüben, wenn auch nur als Jagdgäste, müssen einen auf ihren Namen lautenden Jagdschein haben und bei sich führen[23] (§ 13 Jagdges.). Der Jagdschein verleiht kein Recht der Jagdausübung, sondern spricht nur aus, daß behördlicherseits gegen die Jagdausübung der Person, falls sie zu derselben an sich berechtigt sein sollte, kein Bedenken besteht.

---

22) Vgl. Dernburg III S. 346; Wulff IV S. 309 Anm. 3.

23) Die Erteilung des Jagdscheins, welcher für das ganze Hamburgische Staatsgebiet und für ein Jahr (10 Mk.) oder drei aufeinander folgende Tage (2 Mk.) ausgestellt wird, erfolgt durch die Polizeibehörde oder die Landherrnschaften (§§ 13, 14 Jagdges.). Eines Jagdscheins bedürfen nicht: Treiber und ähnliche Personen, die Forst- und Jagdbeamten des Staats- und Gemeindedienstes, sowie diejenigen, welche Raubwild in ihren Höfen und Gärten töten (§ 15 Jagdges.). Gewissen Personen, z. B. nicht 18 Jahre alten, in bezug auf die Jagdausübung unzuverlässigen, nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte befindlichen, sowie in bestimmter Weise vorbestraften muß (§§ 16, 18), andern, z. B. Ausländern und geringer vorbestraften Personen kann der Jagdschein versagt werden (§§ 17, 18); auch muß oder kann er nachträglich entzogen werden, wenn die Tatsachen erst später eintreten oder zur Kenntnis der Behörde kommen (§ 19).

b) Die Jagd muß in *weidmännischer Weise* ausgeübt werden. Daher ist alles Schlingenstellen verboten. Andere Vorrichtungen zum Fange des Wildes dürfen nur von dem zur Ausübung der Jagd Berechtigten oder dessen Beauftragten aufgestellt werden (§ 23 Jagdges.). Bei der Aufstellung der Vorrichtungen ist mit aller erforderlichen Vorsicht zu verfahren. Wird unter Verletzung dieser Vorsicht ein Mensch oder eine im Privateigentum stehende Sache beschädigt, so ist derjenige, der die Vorrichtung aufgestellt hat, zum Schadensersatz verpflichtet.

c) An *Sonntagen und Feiertagen* ist die Jagd während der Vormittagskirchzeit, in der Winterhuder Feldmark und im Billwärder Ausschlag[24] ganz untersagt (§ 24 Jagdges.). Treibjagden dürfen überhaupt nicht stattfinden. Im Stadtgebiet kann die Polizeibehörde für andere Tage,[24] im Landgebiet die Landherrnschaft für Sonn- und Feiertage noch weitergehende Beschränkungen der Jagdausübung anordnen.[25]

d) Eingehend geregelt ist die Zeit, während deren das Wild der verschiedenen Art mit der Jagd *zu verschonen ist* (§ 26 Jagdges.).[26] Während derselben, und zwar nach Ablauf von 14 Tagen seit ihrem Beginn, darf kein der Schonzeit unterliegendes Wild oder ein Teil desselben verkauft, feilgehalten oder eingeführt und darf auch kein Verkauf des Wildes vermittelt werden[27] (§ 28 Jagdges.). Eine Ausnahme besteht nur für das aus dem Auslande oder aus deutschen Orten stammende Wild, wo zur Zeit des Bezuges der Verkauf erlaubt war, sowie für den im Hausieren und auf Märkten stattfindenden Wildhandel.

4. Es ist fraglich, ob in den unter 3. genannten Fällen, in denen für die Zuwiderhandlung strafrechtliche Ahndung vorgesehen ist, der zur Ausübung der *Jagd Berechtigte*, wenn er unter Verletzung dieser polizeilichen Vorschriften den Besitz am Wilde ergreift, auch *Eigentum an demselben erwirbt*. Einem Zweifel unterliegt die

24) Vgl. § 36 Jagdges., Polizeiver. v. 14. Dez. 1894 (Ges.Samml. 1894 II S. 130).

25) Vgl. *Wulff* IV S. 307 Anm. 3.

26) § 26 ist abgeändert worden durch Ges. v. 27. Dez. 1905 (Ges.Samml. 1905 I S. 142).

27) Wild, welches bereits zum Verkauf oder Konsum zubereitet ist, fällt auch hierunter, es sei denn, daß das Produkt im Verkehrssinne nicht mehr als das ursprüngliche Tier oder als Teil desselben angesehen werden kann, wie z. B. Wildkonserven, Kunstgegenstände aus Geweihen usw. Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1901 S. 56; *Wulff* IV S. 309 Anm. 1. Bez. des Verkaufs vgl. auch § 29 des Ges.

Bejahung der Frage nicht im Falle a, wenn der Jagdausübungsberechtigte einen Jagdschein nicht hat oder nicht bei sich führt. In den übrigen Fällen hängt die Beantwortung davon ab, ob die betreffende Vorschrift die „Aneignung" des Wildes als solche verbietet (§ 958 Abs. 2 B.G.B.). Dies ist nicht der Fall. Einmal kommt z. B. bei dem Verbot der Sonntagsjagd der Gesichtspunkt der Aneignung überhaupt nicht in Betracht, da hier lediglich aus öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten das Jagen verboten ist. Aber auch in den übrigen Fällen will das Gesetz nicht die Aneignung des Wildes, sondern nur dessen Tötung verhindern. So ist es nicht zu bestreiten, daß Fallwild, welches während der Schonzeit gefunden wird, dem Jagdberechtigten zukommt, daß ferner der Jagdberechtigte gegenüber dem Wilderer auch in der Schonzeit ein Aneignungsrecht besitzt. Daraus folgt, daß das Gesetz die Aneignung als solche nicht hat verbieten wollen. Auch das Verbot des Schlingenstellens bezieht sich nicht auf die Aneignung, sondern auf die Art der Tötung.[28]

Auch eine Einziehung im Strafverfahren ist in diesen Fällen nicht zulässig, da die strafbaren Handlungen, welche von an sich zur Ausübung der Jagd Berechtigten begangen werden, sich nur als Übertretungen charakterisieren (§ 33 Jagdges.).

IV. Der Ersatz des Wildschadens.

1. Wildschaden ist der Schaden, der durch jagdbare Tiere, insbesondere durch ihr Lagern, ihre Fortbewegung und ihre Ernährung an Grundstücken verursacht wird. Dieser Schaden kann den Boden selbst, z. B. durch Aufwühlen, oder auch Früchte und Bäume betreffen. Er erstreckt sich nach ausdrücklicher Vorschrift des § 835 Abs. 1 B.G.B. auch auf denjenigen Schaden, den die Tiere

28) So auch Dernburg III S. 333 Anm. 6; Planck III § 958 Anm. 3a; Entsch. d. R.G. in Strafs. 7 S. 91; Staudinger, Blätter für Rechtsanwendung 63 S. 291; Niedner, E.G. z. B.G.B. Art. 69 Nr. 3a; Dorner-Seng S. 377; Oertmann (S. 380 f.) will in Übereinstimmung mit Staudinger ein Aneignungsverbot in dem Falle annehmen, daß gewisse Exemplare der an sich jagdbaren Tiergattung wegen ihres Geschlechtes oder ihrer großen Jugend überhaupt nicht geschossen werden durften. Eine solche Unterscheidung ist aber in der Sache nicht begründet, da derselbe Grund, welcher für die eine Art von Tieren das Tötungsverbot für das ganze Jahr veranlaßt hat, für die übrigen Tiere das Verbot für eine beschränktere Zeit des Jahres hervorgerufen hat. Windscheid-Kipp (9. Aufl. I S. 947) will eine Unterscheidung zwischen der Übertretung der Vorschriften über die Jagden an Sonn- und Feiertagen einerseits und derjenigen der Vorschriften über Schonzeiten und Fangmethoden andererseits machen; in letzteren Fällen sei die Aneignung verboten, also der Eigentumserwerb ausgeschlossen.

an den getrennten, aber noch nicht eingeernteten Erzeugnissen des Grundstücks anrichten.

Die Verpflichtung zum Ersatz des Wildschadens regelt § 835 B.G.B. grundsätzlich dahin, daß für den durch Schwarz-, Rot-, Elch-, Dam- oder Rehwild oder durch Fasanen entstandenen Schaden der Jagdberechtigte haftet. Sind die Grundeigentümer für die Ausübung dieses Rechts zu einem Verbande vereinigt, der nicht als solcher haftet, so müssen die einzelnen Eigentümer nach dem Verhältnisse der Größe ihrer Grundstücke für den Schaden aufkommen.[29]

Nach Art. 70, 71 E.G. z. B.G.B. bleiben aber weitergehende landesgesetzliche Vorschriften in weitem Umfange bestehen. Hamburg hat solche Sondervorschriften früher nicht gehabt. Im Jagdgesetz vom 2. Januar 1903 hat es lediglich von dem Vorbehalt des Art. 71 Nr. 4 E.G. Gebrauch gemacht, welcher solche landesgesetzlichen Vorschriften zuläßt, nach denen der Wildschaden, der an Gärten, Obstgärten, Weinbergen, Baumschulen und einzeln stehenden Bäumen angerichtet wird, dann nicht zu ersetzen ist, wenn die Herstellung von Schutzvorrichtungen unterblieben ist, die unter gewöhnlichen Umständen zur Abwendung des Schadens ausreichen.

2. Danach ergibt sich für Hamburg in bezug auf den Ersatz des Wildschadens:

a) Schadenwild ist lediglich das im § 835 B.G.B. aufgeführte Wild. Von der Befugnis, die Ersatzpflicht auch auf den durch andere jagdbare Tiere, insbesondere Hasen, verursachten Schaden auszudehnen, hat Hamburg keinen Gebrauch gemacht.

b) Eine Ersatzpflicht tritt überhaupt nicht ein, wenn dem Eigentümer des geschädigten Grundstücks an demselben nicht nur das Jagdrecht, sondern auch die Ausübung des Jagdrechts zusteht.

c) Die Ersatzpflicht liegt nach § 835 Abs. 1 B.G.B. dem Jagdberechtigten ob, wenn das Jagdrecht an dem geschädigten Grundstück einem Andern als dem Eigentümer zusteht. Da in Hamburg die Jagdberechtigung stets dem Grundeigentümer zusteht, so ist dieser Fall für Hamburg ohne Bedeutung.

In zweiter Linie ist ersatzpflichtig der zur Ausübung der Jagd Berechtigte. Es kann zunächst ein Eigentümer sein Grundstück einem andern

---

29) Über die Verpflichtung zum Ersatz des Wildschadens enthielt das frühere Recht nur wenige Sätze; vor allem bestand keine Ersatzpflicht betr. des aus anderen Jagdbezirken eindringenden Wildes.

zur Ausübung der Jagd angeschlossen haben (§ 6 Jagdges.). Dann ist derjenige ersatzpflichtig, welchem durch den Vertrag die Ausübung der Jagd übertragen ist (§ 835 Abs. 2 B.G.B.).

Der wichtigste Fall ist für Hamburg der in § 835 Abs. 3 vorgesehene, daß die Eigentümer zwecks gemeinschaftlicher Ausübung der Jagd zu einem gemeinschaftlichen Verbande vereinigt sind. Ein solcher Verband ist die Jagdgenossenschaft der zu einem gemeinschaftlichen Jagdbezirk gehörenden Grundeigentümer (s. S. 480). Dieser Verband haftet als solcher nicht, da es im Hamburgischen Recht an einer bezüglichen Gesetzesbestimmung fehlt. Demnach haften die Grundeigentümer nach dem Verhältnisse der Größe ihrer Grundstücke, und zwar als Gesamtschuldner.

Ein Verschulden des Ersatzpflichtigen ist in keinem Falle erforderlich.

d) Der Jagdpächter ist als solcher nicht zum Ersatz des Wildschadens verpflichtet. Soll er haftbar gemacht werden, so muß ihm die Verpflichtung im Jagdpachtvertrage auferlegt werden. Der Vertrag kann derartig zugunsten Dritter abgeschlossen werden, daß diese den Pächter direkt in Anspruch nehmen können.

e) Wenn auch der Grundeigentümer berechtigt ist, besondere Schutzmaßregeln gegen das Wild zu treffen, so ist er nach dem B.G.B. an sich nicht dazu verpflichtet. Die Unterlassung solcher Vorrichtungen begründet noch kein Verschulden im Sinne des B.G.B. Unter Umständen kann aber schon darin ein Verschulden erblickt werden, wenn z. B. der Eigentümer Felder, die der Beschädigung besonders ausgesetzt sind, mit ungewöhnlich wertvollen Früchten bestellt hat.[30]

Nach Landesrecht (§ 32 Jagdges.) besteht für die Eigentümer von Gärten, Obstgärten und Baumschulen die Verpflichtung, solche Schutzvorrichtungen zu treffen, die unter gewöhnlichen Umständen zur Abwendung des Schadens ausreichen. Im Falle der Unterlassung tritt eine Verpflichtung zum Schadensersatz nicht ein. Es genügt hier die objektive Unterlassung, ein besonderes Verschulden des Eigentümers braucht nicht vorzuliegen.[31] Welcher Art die zu treffenden Schutzvorrichtungen sind, richtet sich nach dem einzelnen Falle, insbesondere den lokalen Bräuchen.

f) Besondere Vorschriften über die Feststellung des Wild-

30) Vgl. Planck II § 835 Anm. 2 b; Prot. der II. Komm. des B.G.B. II S. 837; vgl. auch Entsch. des R.G. 52 Nr. 91.
31) Vgl. Oertmann S. 282; Kisch S. 617 Anm. 8.

schadens und die Geltendmachung des Schadens bei einer Behörde kennt das Hamburgische Recht nicht. Die Ersatzansprüche sind im ordentlichen Verfahren vor den Gerichten zu verfolgen, und zwar sind die Amtsgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zuständig (§ 23 G.V.G.).

§ 87. Das Fischereirecht.

I. Entwicklung des Fischereirechts.

1. Nach dem Recht des Sachsenspiegels[1] stand das Recht der Fischerei in öffentlichen Gewässern[2] jedermann zu.

2. Während sich aber schon früh in den meisten Gegenden die Regalität der Fischerei in öffentlichen Gewässern herausbildete, d. h. die Ausnutzung des Fischfangs in fiskalischem Interesse, hat sich in Hamburg teilweise die freie Fischerei erhalten,[3] insbesondere auf dem größten Teil der Elbe mit ihren Nebenarmen und auf der Bille. Beschränkt war das Recht der Fischerei lediglich durch die Befugnisse der Zunft der Fischer, doch war den Bürgern der Stadt, auch wenn sie nicht der Zunft angehörten, das Recht gewährleistet, für ihren eigenen Bedarf zu fischen.[4] Nach Aufhebung der Zünfte ist die Fischerei dort, wo sie durch das Recht der Zunft beschränkt war, wieder jus omnium commune geworden.

Ein Regal hat sich nur für die Alster, die Stadtgräben und Bracken, sowie für einzelne Teile der Elbe, namentlich die zum früheren Amt Bergedorf gehörenden,[5] entwickelt. Doch stand den Hamburgischen Bürgern, wie es von altersher gewesen, die Fischerei auf der Alster, soweit ein Mann waten könne, frei.[6]

Die Fischerei in geschlossenen Gewässern und Privatflüssen[2] stand dagegen den Eigentümern zu.

---

1) II 28 § 4.

2) Über den Begriff der öffentlichen und der Privatgewässer s. § 92 II.

3) In Beibl. 1870 Nr. 54 wird das Wasserregal mit dem staatlichen Hoheitsrecht verwechselt und irrtümlich aus Momenten, die das Hoheitsrecht begründen, ein Wasserregal entwickelt.

4) Vgl. Rüdiger, Zunftrollen S. 61.

5) Vgl. Beibl. 1884 Nr. 137 S. 212.

6) Vgl. Rezeß von 1633; Hauptrezeß von 1712 Art. 5 Nr. 10; Mandat betr. die Fischerei in der Alster v. 4. März 1831, renoviert 21. Mai 1851 (Lappenberg 11 S. 299; 22, S. 156). Durch den Hauptrezeß von 1712 wurde angeordnet, daß die Fischerei in den Stadtgräben von der Kämmerei nicht verpachtet werden solle, durch Polizeiverfügung vom Mai 1823 (Lappenberg 8 S. 21) wurde das Fischen im Stadtgraben ganz verboten.

3. Eine Kodifikation des Fischereirechts besteht in Hamburg nicht. Infolge einer Übereinkunft vom 1. Dezember 1877 zwischen Preußen, den Thüringischen Staaten, Oldenburg, Braunschweig, Anhalt, Lübeck, Bremen und Hamburg wegen Herbeiführung übereinstimmender Maßregeln zum Schutze und zur Hebung der Fischerei wurde in Hamburg am 8. Juli 1878 ein Gesetz erlassen, welches durch das Gesetz vom 15. Juni 1887 betr. die Ausübung der Fischerei im Hamburgischen Staate[7] ersetzt wurde. Dies Gesetz regelt aber nur einzelne Fragen des Fischereirechts, läßt insbesondere die wichtige Frage der Berechtigung zum Fischen ganz unberührt (§ 3 Ges.).

Außerdem kommt noch in Betracht die Alsterordnung vom 3. März 1904,[8] welche eine Bestimmung über die Fischerei in der Alster enthält.

4. Durch § 69 E.G. z. B.G.B. sind die landesgesetzlichen Vorschriften über das Fischereirecht ebenso aufrechterhalten worden, wie diejenigen des Jagdrechts, und besteht auch die Befugnis der Landesgesetzgebung, neue Vorschriften hierüber zu erlassen, fort.

II. Das Recht der Fischerei.

1. Das Fischereirecht ist ein Privatrecht. Es enthält die Befugnis, sich Fische und gewisse andere Wassertiere innerhalb eines bestimmten Gewässers anzueignen, zu diesem Zwecke die Tiere in dem Gewässer zu züchten und zu hegen, und die hierzu, sowie zum Fang notwendigen oder dienlichen Maßnahmen an und in den Gewässern zu treffen.[9] Außer den Fischen unterliegen dem Fischereirecht auch Krebse, Austern, Muscheln.[10]

2. Das Recht der Fischerei ist ein absolutes Recht gleich dem Jagdrecht (§ 85 II 1).

Dagegen ist es ein ausschließliches nur insoweit, als es dem Eigentümer als solchem zusteht oder als es als ein ausschließliches erworben worden ist. Besteht die Berechtigung an einem der Regalität unterworfenen Teile der Elbe, so spricht, wie bei anderen auf Private übergegangenen Regalien, die Vermutung für die Ausschließlichkeit des Rechts.[11]

---

7) Vgl. Wulff II S. 311. Das Gesetz ist im § 18 durch Ges. v. 30. April 1906 (Ges.Samml. 1906 I S. 56) abgeändert worden.
8) Vgl. Wulff IV S. 271.
9) Vgl. Oertmann S. 382.
10) Vgl. Dernburg III S. 348.
11) Vgl. Dernburg ebenda; Entsch. des R.G. 22 S. 213; Seuff. Arch. 48 Nr. 191.

3. Wie beim Jagdrecht kommt auch hier § 958 Abs. 2 B.G.B. zur Anwendung, wonach der Unberechtigte durch Besitzergreifung weder für sich noch den Fischereiberechtigten Eigentum erwirbt.

III. Eine Trennung zwischen dem Fischereirecht und der Ausübung des Rechts wie beim Jagdrecht besteht nicht. Wer fischereiberechtigt ist, hat auch das Recht, die Fischerei auszuüben. Andererseits kann eine Fischereiberechtigung als ein Recht an fremder Sache bestellt werden, was bei der Jagdberechtigung ausgeschlossen ist. Im einzelnen ist zu unterscheiden:

1. In den öffentlichen Hamburgischen Flüssen, abgesehen von der Alster, dem Stadtgraben und einzelnen Teilen der Elbe, steht jedermann das Recht des Fischfangs zu.[12] Dies Recht ist als Ausfluß des Gemeingebrauchs an öffentlichen Sachen anzusehen und unterliegt daher denjenigen Beschränkungen, denen der Gemeingebrauch an sich unterworfen ist.[13]

Nach dem zwischen Hamburg und Preußen abgeschlossenen Staatsvertrage vom 20. Februar 1877 dürfen, soweit nicht Privatrechte oder Konzessionen entgegenstehen, preußische Untertanen, die am jenseitigen Elbufer wohnen, ihre Netze nur auf dem preußischen Teil der Elbe aufziehen.

2. In der Alster bei der Stadt Hamburg ist nur das Fischen mit der Angel gestattet, und zwar vom Lande aus für jedermann, vom Boote aus mit staatlicher Erlaubnis, welche von der Finanzdeputation erteilt wird (§ 13 Nr. 5 Alsterordn.).

3. Im Stadtgraben ist das Fischen ganz untersagt (Bek. vom 17. Mai 1833).

4. Soweit ein Fischereiregal besteht, was namentlich an einzelnen Teilen der Elbe[14] der Fall ist, können Privaten Fischereiberechtigungen zustehen. Der Inhalt derselben richtet sich nach dem besonderen Begründungsakt.

a) Derselbe kann ein Kauf-, Pacht- oder anderer Vertrag sein.

---

12) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1878 S. 372; Beibl. 1884 Nr. 137; Wulff II S. 312 Anm. 1.

13) Daher ist durch § 8 d der Hafenordn. v. 30. Juni 1897 das Fischen unter den Brücken, in den Hafeneinschnitten und an solchen Stellen des Hafens, an denen ein starker Verkehr stattfindet oder die Hafenbeamten es untersagen, verboten.

14) Z. B. an der Süderelbe, während an der Doveelbe die Fischerei frei ist (Beibl. 1901 Nr. 42).

b) Die Fischereiberechtigung kann dinglichen Charakter haben, und zwar im Sinne einer Grundgerechtigkeit.[15] Diese Gerechtigkeit lastet auf dem Flusse bezw. dem Teile des Flusses, an welchem sie bestellt ist, als Ganzem, nicht etwa auf der fließenden Wasserwelle.[16] Sie kann auf der aktiven Seite ebenfalls mit einem Grundstück oder mit einer Person verbunden sein.

Der Eintragung im Grundbuch bedarf die Berechtigung am öffentlichen Flusse nicht, da der öffentliche Fluß ein Grundbuchblatt überhaupt nicht zu haben braucht. Diese Eintragung ist auch nicht erforderlich, falls die Berechtigung übertragen werden soll, da das Hamburgische Recht in diesem Falle eine zulässige Ausnahme von dem Grundbuchprinzip gemacht hat (§ 43 A.G. z. B.G.B.

c) Die Entstehung der Fischereiberechtigung ist dieselbe wie bei anderen Rechten, die an öffentlichen Sachen entstehen (s. S. 355). Es kommt hier außer der Verleihung namentlich die unvordenkliche Verjährung in Betracht, durch welche das Fischereirecht des Regalinhabers erworben werden kann.[17]

5. Die Fischerei in Privatflüssen gehört den Anliegern als den Eigentümern am Flusse. Sie ist Ausfluß des Eigentums und nicht Inhalt eines nebenher laufenden besonderen Rechtsverhältnisses.

Es können aber an privaten Flüssen auch Fischereiberechtigungen bestehen. Dieselben unterliegen denselben Vorschriften wie sonstige Dienstbarkeiten nach dem gemeinen Recht. Da nach früherem Recht Fischereiberechtigungen im Grundbuch nicht eingetragen zu werden brauchten, so sind nicht nur die alten Berechtigungen ohne Eintragung bestehen geblieben,[18] sondern bedarf es heute auch weder zu ihrer Begründung, noch zur Übertragung der Buchung. Denn Art. 69 E.G. z. B.G.B. durchbricht die entgegenstehenden Vorschriften des Reichs- und Landesrechts. Insbesondere dürfte auch anzunehmen sein, daß die Fischereiberechtigungen nicht nach § 44 A.G. z. B.G.B. (s. § 97 III) binnen zehn Jahren eingetragen werden müssen.

Dagegen können Fischereiberechtigungen im Grundbuch eingetragen werden.

15) Vgl. Entsch. des R.G. 53 S. 101; Beibl. 1901 Nr. 42.
16) Vgl. Seuff. Arch. 61 Nr. 224.
17) Vgl. Entsch. des R.G. ebenda; Beibl. 1884 Nr. 137.
18) Vgl. Entsch. des R.G. 55 S. 314.

6. Fische in Teichen und anderen geschlossenen Privatgewässern sind nach § 960 Abs. 1 B.G.B. nicht herrenlos, sondern stehen im Eigentum der Eigentümer dieser Gewässer. Ein Fischereirecht im eigentlichen Sinne besteht hinsichtlich dieser Fische nicht, da der Berechtigte hier kein Recht auf Aneignung, sondern ein wahres, unmittelbares Eigentum an den Fischen hat. Diese Vorschrift geht weiter als das frühere gemeine Recht, welches ein Eigentum nur an den Fischen im Fischbassin, nicht auch an denjenigen im Teich anerkannte.[19] Doch muß jetzt die Vorschrift des B.G.B. zur Geltung kommen, da es sich nicht um eine besondere Vorschrift des Fischereirechts handelt und auch früher in dieser Beziehung gemeines Recht galt.

Ein geschlossenes Privatgewässer ist ein solches, dem es an einer für den Wechsel der Fische geeigneten Verbindung fehlt[20] (§ 1 Fischereiges.). Bei Teichen kommt es nicht darauf an, ob sie mit einem natürlichen Gewässer in Verbindung stehen oder nicht.

7. Ein Fischereirecht kann auch auf einem Fischereipachtvertrage beruhen. Der Fischereipachtvertrag hat wie der Jagdpachtvertag regelmäßig nicht zum Objekt einen Teil des Gewässers, sondern die Berechtigung als solche, das Fischereirecht. Er bedarf deshalb nicht nach §§ 581, 566 B.G.B. der schriftlichen Form, wenn er auf länger als ein Jahr abgeschlossen wird.[21] Der Fischereipächter hat auch keine Klage gegen dritte Störer, da er keinen Sachbesitz hat und das B.G.B. den Rechtsbesitz nicht besonders schützt.[22]

Der Umfang des Fischereirechts richtet sich nach dem Inhalt des Vertrages.

IV. Besondere Vorschriften sind im öffentlichen (polizeilichen) Interesse über die Ausübung der Fischerei getroffen worden. Dieselben beziehen sich aber nicht auf den Betrieb der Fischerei in geschlossenen Gewässern.

1. Die Fischerei auf Fischbrut und Fischlaich ist ganz verboten; für die Fangbarkeit der Fische und Krebse sind bestimmte Mindestmaße festgesetzt worden (§§ 4—6 Fischereiges.).

---

19) Vgl. Windscheid-Kipp (9. Aufl.) I S. 948.
20) Vgl. Planck III § 960 Anm. 2.
21) Entsch. des R.G. 56 S. 84 läßt dies dahingestellt, doch handelte es sich dort anscheinend um wirkliche Verpachtung eines Sees. S. auch Seuff. Arch. 60 S. 437.
22) Vgl. Oertmann S. 383; Seuff. Arch. 60 S. 438.

2. Es sind Schonzeiten für die Fische und Krebse festgesetzt (§§ 7—12 Fischereiges.).

3. Es dürfen keine Fischwehre, Fischzäune usw. neu angelegt werden. Doch können entgegenstehende Berechtigungen bestehen (§ 14 Fischereiges.).

4. Die Anwendung einzelner Mittel, z. B. schädlicher oder explodierender Mittel, Fallen, Gabeln beim Fischfang ist verboten, die Einrichtung der zulässigen Fanggeräte genau vorgeschrieben (§§ 13, 15 Fischereiges.). Das Aalstechen ist bloß denjenigen gestattet, welche eine besondere private Fischereiberechtigung besitzen.

5. Der Betrieb der Fischerei in schiffbaren Gewässern darf die Schiffahrt nicht hindern oder stören (§ 16 Fischereiges.).

Auch hier kann fraglich sein, ob derjenige, welcher entgegen diesen Vorschriften den Besitz von Fischen erlangt, das Eigentum an denselben erwirbt (s. S. 487). Diese Frage ist hier bez. der Fälle ad 1 und 2 anders zu entscheiden wie im Jagdrecht. Denn das Fischereigesetz (§§ 4 c, 11) verbietet grundsätzlich die Aneignung zu kleiner Fische sowie der Krebse während der Schonzeit, indem es dem Fischer die ausdrückliche Verpflichtung auferlegt, diejenigen Fische und Krebse, welche entgegen diesen Vorschriften in seine Gewalt gekommen sind, sofort wieder in das Wasser zu setzen. Darin ist ein Verbot der Aneignung im Sinne des § 958 Abs. 1 B.G.B. zu erblicken. Der Fischer erwirbt mithin kein Eigentum an diesen Tieren.

Vierter Abschnitt.

Das Wege- und Straßenrecht.

§ 88. Übersicht.

1. Nach Art. 113 E.G. z. B.G.B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die „Regulierung der Wege" unberührt. Dazu gehört nicht nur die Regulierung der Wege im landwirtschaftlichen Interesse, sondern auch die Regulierung der städtischen Straßen.[1] Wenn man auch hieraus nicht den Vorbehalt eines allgemeinen partikularen Wegerechts ableiten darf, so deckt der Vorbehalt doch die landesgesetzlichen Vorschriften über die Anlegung und Änderung der Wege und

[1] Vgl. Prot. z. Entw. II des B.G.B. VI S. 743.

Straßen. Dazu kommt, daß ein Teil der straßenrechtlichen Vorschriften wegen seines öffentlichrechtlichen Charakters erhalten geblieben ist und daß andere Vorschriften durch die Artt. 109, 111 und 115 E.G. z. B.G.B. gedeckt werden. Demnach wird man im ganzen das bisherige Hamburgische Wege- und Straßenrecht als erhalten ansehen müssen.[2]

II. Die Hamburgische Gesetzgebung und Rechtsprechung unterscheidet zwischen Wegen und Straßen im ganzen nach der Richtung, daß Weg der allgemeinere Begriff, die Straße aber ein nach Anlage, Regulierung, Pflasterung, Befestigung und den lokalen Verhältnissen besonderer Weg ist. Im einzelnen sind ferner zu unterscheiden:

1. Öffentliche Wege und Privatwege.

a) Öffentliche Wege sind diejenigen Wege, die zum Gemeingebrauch bestimmt sind und dienen. Dieselben können auch über Privatgrundstücke führen.[3]

b) Privatwege sind solche, an denen nur einem beschränkten Personenkreis ein Benutzungsrecht zusteht.

2. Öffentliche und Privatstraßen im Sinne des partikularen Privatrechts und öffentliche Straßen im Sinne der Straßenordnung, Begriffe, welche ausdrücklich nur für das Gebiet der Stadt Hamburg geregelt sind.[4]

a) Öffentliche Straßen im Sinne des Privatrechts sind endgültig oder vorläufig fertiggestellte, vom Staate unterhaltene Straßen.[5] Im weiteren Verlauf wird hier im Zweifel nur von diesen öffentlichen Straßen gehandelt werden. Sie unterscheiden sich von den öffentlichen Wegen einmal begriffsmäßig wie die Wege von den Straßen, ferner dadurch, daß sie vom Staate unterhalten werden.

Eine Unterart der öffentlichen Straßen sind die Staatsstraßen, welche auch im Eigentum des Staates stehen.

b) Privatstraßen sind die dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Straßen, welche von Privaten unterhalten werden. Entsprechend wird man als kommunale Straßen und Wege in den Landgemeinden

2) Vgl. auch Oertmann S. 387.
3) Vgl. Beibl. 1869 Nr. 78; 1870 Nr. 98; Seuff. Arch. 34 Nr. 7.
4) Und zwar für den Geltungsbereich des Baupolizeigesetzes und der Straßenordnung.
5) Vgl. § 32 A.G. z. B.G.B.; Wulff III S. 18 Anm. 3; Melchior, Ausführungsges. S. 11.

diejenigen zu betrachten haben, welche von den Gemeinden unterhalten werden.

c) Öffentliche Straßen im Sinne der Straßenordnung sind alle im öffentlichen oder Privateigentum stehende Straßen, Plätze, Wege, Höfe, Wohnhöfe, Brücken, Durchgänge, auf und in welchen tatsächlich ein öffentlicher Verkehr stattfindet.[6]

3. Nach der Art und dem Zweck der Benutzung Fahrwege, Reitwege, Radfahrwege, Fußwege (Bürgersteige, Trottoirs, Promenaden).[7] Eine Begriffsbestimmung für diese Arten von Wegen stellt das Gesetz nicht auf, vielmehr hängt der Unterschied, falls eine ausdrückliche Bezeichnung an der Straße oder am Wege nicht angebracht ist, davon ab, wie sich der Weg dem unbefangenen Publikum darstellt.[8]

III. Das Eigentum an den Wegen und Straßen richtet sich nach dem Eigentum an dem Grunde, zu welchem der Weg oder die Straße gehört.

1. Ist der Grund Eigentum des Staates oder der Gemeinde, was bei öffentlichen Sachen regelmäßig, aber nicht immer der Fall ist, so gehört auch der Weg zum Eigentum des Staates oder der Gemeinde (s. oben S. 352).

2. Ist der Grund Privateigentum, so ist auch der Weg oder die Straße dem Privateigentum nicht entzogen, mag der Weg oder die Straße auch öffentlich sein.[9] Doch kann der Weg oder die Straße durch den Eigentümer dem Gemeingebrauch nicht beliebig entzogen werden. Auch unterliegt der öffentliche Weg auf Privatgrund dem staatlichen Aufsichts- und Verfügungsrecht.

IV. Der Gemeingebrauch der dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Straßen und Wege.

1. Derselbe richtet sich hinsichtlich seines Umfangs nach der Bestimmung des Weges (s. II 3), es steht also keineswegs jedermann eine ihm beliebige Art der Benutzung der Straße oder des Weges zu. Vielmehr ist in dem Begründungsakt, eventuell durch die tatsächliche

---

6) Vgl. § 2 Straßenordn. v. 7. Juli 1902. Dieser Begriff gilt nur für den Geltungsbereich der Straßenordnung, d. h. die Stadt Hamburg.

7) Vgl. z. B. §§ 22, 23, 38 Straßenordn., § 1 Ver. v. 30. Sept. 1898 betr. den Fahrradverkehr.

8) Vgl. Beibl. 1890 Nr. 266.

9) Vgl. Entsch. des R.G. VI S. 207, VIII S. 158; Beibl. 1889 Nr. 170. Vgl. auch Seuff. Arch. 55 Nr. 132.

Übung zu bestimmen, ob ein Weg zum Fahren, Gehen, Reiten, Radfahren usw. zu benutzen ist. Die Bestimmungen hierüber sind polizeilicher, also öffentlichrechtlicher Natur. Sie sind, soweit sie nicht im Gesetz enthalten sind,[10] von der Polizei im Rahmen und Interesse der bestimmungsmäßigen Verwendung des Weges zu treffen. Aus polizeilichen Rücksichten kann ein Weg oder eine Straße *zeitweise* dem Gemeingebrauch ganz oder teilweise entzogen werden, doch darf eine solche Entziehung immer nur einen vorübergehenden Charakter haben.

2. Die *Rechtsnatur* des Gemeingebrauchs ist sehr bestritten. Von Bedeutung ist die Frage nur für diejenigen Fälle, in denen der öffentliche Weg im Privateigentum steht. Man hat das Rechtsverhältnis als ein servitutenähnliches, als eine deutschrechtliche Servitut bezeichnet.[11] Tatsächlich handelt es sich aber um eine allgemeine Befugnis öffentlichrechtlicher Art ohne privatrechtlichen Charakter. Dies ist seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts um so schärfer in die Erscheinung getreten, als die römischrechtlichen Interdikte zum Schutz des Gemeingebrauchs jetzt fortgefallen sind (s. S. 356) und der Schutz des Gemeingebrauchs ausschließlich der öffentlichen Gewalt überlassen ist.

V. Die *Begründung* eines öffentlichen Weges, einer öffentlichen und einer Privatstraße.

1. Über die Begründung *eines öffentlichen Weges* bestehen landesgesetzliche Vorschriften nicht. Es kommen daher die gemeinrechtlichen zur Anwendung. Danach entsteht ein öffentlicher Weg

a) durch *Widmung* des Eigentümers, vornehmlich durch öffentlichrechtlichen Staats- oder Gemeindeakt. Legt ein Privatmann einen öffentlichen Weg über sein Grundstück an, so erfordert dies die behördliche Genehmigung. Will der Staat oder die Gemeinde einen öffentlichen Weg über ein Privatgrundstück legen, so wird regelmäßig die Enteignung des Grundstücks erforderlich sein, falls der Eigentümer den für den Weg erforderlichen Teil seines Grundstücks nicht freiwillig abtritt.

---

10) Solche Bestimmungen polizeilicher Natur sind in großer Anzahl getroffen worden. Sie sind namentlich in der *Straßenordnung* v. 7. Juli 1902 (Wulff IV S. 240) enthalten, welche als Gesetz erlassen ist und den Gemeingebrauch auf öffentlichen Straßen nach den verschiedensten Richtungen weitgehenden Beschränkungen im öffentlichen Interesse unterwirft. Vgl. ferner auch Ver. v. 8. August 1902 betr. den Verkehr mit Kraftfahrzeugen (Wulff IV S. 266), § 99 Baupolizeiges. bez. der Fußwege, Ver. v. 30. Sept. 1898 betr. den Fahrradverkehr (Wulff II S. 28) usw.

11) Vgl. Beibl. 1876 Nr. 79; 1878 Nr. 126; 1904 Nr. 60. Seuff. Arch. 34 Nr. 7.

b) durch unvordenkliche Verjährung, d. h. ununterbrochene Benutzung des Weges als eines öffentlichen während eines Menschenalters. Diese Bestimmung besteht heute noch[12] (siehe S. 185, 355).

2. Eingehend ist die Begründung öffentlicher Straßen im Gebiet des Baupolizeigesetzes geregelt. Dieselbe erfolgt entweder durch Anlage einer öffentlichen Straße oder durch Übernahme einer Privatstraße auf den Staat.

a) Die Anlegung einer neuen und Verlängerung einer bestehenden öffentlichen Straße erfordert

α) einen Beschluß von Senat und Bürgerschaft, mit dessen Bekanntgabe ein Bauverbot eintritt[13] (§§ 107, 109 Baupolizeiges.), oder die Feststellung des Bebauungsplans (§ 1 Bebauungsplanges.);

β) ein Enteignungsverfahren gemäß des Gesetzes vom 5. Mai 1886 betr. Abänderung des im § 102 des Baupolizeiges. vorgesehenen Schätzungsverfahrens[14] oder gemäß des Expropriationsgesetzes;[15]

γ) die vorläufige oder endgültige Fertigstellung der Straße[16] (§ 10 Abs. 3 Bebauungsplanges.). Vorläufig fertiggestellt ist die Straße im wesentlichen, wenn sie Anschluß an eine solche Straße hat, mit vorläufiger Pflasterung, Chaussierung oder sonstiger fester Decke, Fußwegen, vorläufigen Entwässerungsanlagen und Straßenbeleuchtung versehen, amtlich mit Namen bezeichnet und dem öffentlichen Verkehr übergeben ist.

Endgültig fertiggestellt ist die Straße nach Herstellung endgültiger Beleuchtungs-, Wasserleitungs-, Entwässerungs- und Pflasterungsanlagen und der Regulierung und Begrenzung der Fußwege.

b) Die Übernahme der Privatstraßen[16a] durch den Staat, wodurch dieselben öffentliche Straßen werden und die Rechte der bisherigen Eigentümer gegenüber den Anliegern auf den Staat übergehen (§ 124 Baupolizeiges.), kann entweder auf Grund einer zwischen

---

12) Vgl. Beibl. 1898 Nr. 135; 1904 Nr. 60; Oertmann S. 389.
13) Vgl. § 77 I 3.
14) Vgl. Wulff III S. 128.
15) Vgl. § 6 Abs. 2 Bebauungsplanges. Über das Enteignungsverfahren s. oben § 82.
16) Auch bestehende, noch unfertige Straßen und Wege oder Teile derselben können bei der Regulierung durch den Bebauungsplan „vorläufig" oder „endgültig" fertiggestellt werden.
16a) Dies gilt auch für freie Plätze (§ 125 Baupolizeiges.).

dem Staat und den bisherigen Unterhaltungspflichtigen getroffenen Vereinbarung (§ 123 Baupolizeiges.) oder auf Grund obrigkeitlicher Verfügung oder gesetzlicher Bestimmungen erfolgen.

Durch Vereinbarung muß die Übernahme solcher Privatstraßen erfolgen, welche in der Stadt oder Vorstadt vor dem 1. Januar 1866, in den Vororten vor dem 21. Juli 1875 ohne Genehmigung oder Zulassung der Behörden angelegt worden sind. Die getroffenen Vereinbarungen über die Privatstraßen unterliegen im Streitfalle dem ordentlichen Rechtsweg, wenn ihnen auch ein öffentlichrechtlicher Charakter nicht abzusprechen ist.

Obrigkeitliche Verfügungen können bei der Genehmigung der Anlegung der Privatstraßen bez. der Übernahme vorgesehen sein.

Soweit diese Voraussetzungen nicht vorliegen, ist für die Übernahme von Privatstraßen erforderlich:

α) eine diesbezügliche Erklärung des Staates, vertreten durch die Finanzdeputation, welche maßgebend ist, oder ein Antrag der Interessenten auf Übernahme (§§ 116—118 Baupolizeiges).

aa) Ein Antrag, der von den Eigentümern des größeren Teils der bebaubaren Fronten einer an beiden Seiten mit bestehenden Straßen verbundenen Straße, deren bebaubare Front zur Hälfte bebaut ist, oder von den Unterhaltungspflichtigen einer solchen Straße gestellt wird, ist entscheidend; ihm muß der Staat Folge geben.

bb) Auf einen Antrag, der von jedem Eigentümer eines an einer mindestens zur Hälfte bebauten Straße belegenen Grundstücks gestellt werden kann, hat die Finanzdeputation mit der Baudeputation die Bedingungen für die Übernahme festzustellen und den Eigentümern der übrigen Grundstücke zuzustellen. Erfolgt seitens der Eigentümer von mehr als der Hälfte der bebaubaren Fronten kein Widerspruch, so muß die Übernahme erfolgen.

β) die ordnungsmäßige Instandsetzung und Herstellung der Straße (§ 119 Baupolizeiges.) seitens der bisherigen Unterhaltungspflichtigen. Dieselbe kann auf Antrag und Kosten der letzteren vom Staat ausgeführt werden. Bei der Übernahme von Privatstraßen, welche in der Stadt oder Vorstadt vor dem 1. Januar 1866, in den Vororten vor dem 21. Juli 1875 angelegt worden sind, muß die Her-

stellung der Straße in derjenigen Weise erfolgen, in welcher sie von der Baudeputation vorgeschrieben wird.[17]

Für die Kosten der Instandsetzung haftet das Grundstück. Sie können in eine Rente umgewandelt werden. S. hierüber § 89 III 2.

3. Die Anlegung von Privatstraßen erfordert im Gebiet des Baupolizeigesetzes:

a) eine Genehmigung des Senats,[18] welche nach eingehender Prüfung zu erfolgen hat und unter beliebigen Bedingungen, deren Mindestmaß gesetzlich vorgeschrieben ist, erfolgen kann (§§ 110—114 Baupolizeiges.). Soweit eine Genehmigung nicht erteilt ist, liegt eine Privatstraße im Sinne des Baupolizeigesetzes überhaupt nicht vor;[19]

b) die Herstellung der Fahrbahn und Fußwege auf Kosten des Unternehmers der Straße durch diesen nach den Weisungen der Baudeputation (§ 115 Baupolizeiges.).

VI. Die Benennung der Wege und Straßen erfordert keinen Akt der Gesetzgebung, sondern ist ein Akt kommunaler Verwaltung. Sie wird in der Stadt Hamburg durch den Senat vorgenommen.[20] Die Grundeigentümer haben das Anbringen der Hausnummern und Straßenschilder an ihren Häusern oder Umzäunungen zu dulden (§ 46 Straßenordnung).

VII. Der Erwerb besonderer Rechte Einzelner an öffentlichen Wegen und Straßen ist möglich, doch darf dadurch der Gemeingebrauch nicht beschränkt werden.[21] Solche Sonderrechte können von dem Eigentümer des Weges Einzelnen eingeräumt, auch können sie durch unvordenkliche Verjährung erworben werden. Doch darf die fortdauernde Benutzung in Gemäßheit des Sonderrechtes nicht in der Ausübung des Gemeingebrauchs bestehen, es darf also der Weg nicht lediglich

17) Wenn in § 119 Baupolizeiges. diese Verpflichtung nur für die Fälle ausgesprochen ist, in denen der Staat die Übernahme der Straße oder die Unterhaltungspflichtigen die Übernahme einer vor dem 1. Januar 1866 bezw. dem 21. Juli 1875 angelegten Straße verlangen, so beruht dies darauf, daß hinsichtlich der später angelegten Straßen schon bei der Genehmigung über die Instandsetzung bei staatsseitiger Übernahme regelmäßig die erforderlichen Verfügungen getroffen sind.

18) Im Falle der Verweigerung der Genehmigung ist die Beschreitung des Rechtsweges nicht zulässig. Nach dem Baupolizeiges. v. 3. Juli 1865 und dem Ges. v. 21. Juli 1875 betr. die Anlegung von Sielen und neuen Straßen war die Genehmigung der Baudeputation erforderlich.

19) Vgl. Beibl. 1899 Nr. 130.

20) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 74.

21) Vgl. Beibl. 1870 Nr. 48, 112, 119,; 1883 Nr. 166; Seuff. Arch. 42 Nr. 17, 194.

als ein öffentlicher benutzt worden sein, vielmehr muß die Ausübung dem Willen entspringen, ein eigenes Recht an dem Wege auszuüben.[22]

VIII. Von der Deichlast sind die öffentlichen Wege befreit. Zu öffentlichen Wegen dürfen die Deiche regelmäßig benutzt werden (§§ 24, 45 Deichordn. vom 4. März 1889).

IX. Öffentliche Wege und Straßen sind nicht buchungspflichtig; sie erhalten nur auf Antrag ein Grundbuchblatt (§§ 90 G.B.O., 18 A.G. z. G.B.O.).

Wurde über ein für einen öffentlichen Weg oder eine Straße in Anspruch genommenes Grundstück im Grundbuch ein Blatt geführt, so ist auf diesem die Eigentumsänderung einzutragen und alsdann auf Antrag das Blatt aus dem Grundbuche auszuscheiden (§§ 90 Abs. 2 G.B.O., 124 Baupolizeiges). S. hierüber S. 377.

X. Die Eigenschaft einer öffentlichen Straße oder eines öffentlichen Weges erlischt wie diejenige anderer öffentlicher Sachen (s. S. 356) durch die Aufhebung der Widmung der Sache als öffentlicher Sache durch Beschluß der zuständigen Behörde. Zuständig für einen solchen Beschluß ist im Landgebiet die Landherrnschaft, welche die Zustimmung der betr. Gemeindeversammlung vorher einzuholen hat, während im Stadtgebiet die Polizeibehörde mit Zustimmung der Finanzdeputation einen solchen Beschluß erläßt.[23]

§ 89. Die Rechtsverhältnisse der Straßenanlieger.

Für die Eigentümer der an die Straßen der Stadt Hamburg angrenzenden Grundstücke ergeben sich aus dieser Lage gewisse Rechte und Pflichten.[1] Dieselben sind zum großen Teil bereits oben unter dem Gesichtspunkte der baurechtlichen Beschränkungen des Eigentums, insbesondere durch Vorschreibung von Straßen- und Baulinien, sowie unter dem Gesichtspunkte des Verhältnisses des Privateigentums zum öffentlichen Grunde behandelt worden. S. §§ 77, 78.

I. Die Straßenhöhe kann durch Höher- oder Niederlegung geändert oder reguliert werden.

---

22) Vgl. Beibl. 1898 Nr. 135.

23) Solche Bekanntmachungen über die Aufhebung öffentlicher Wege kommen im Landgebiet häufig vor. Vgl. z. B. Ges.Samml. 1904 II S. 328 (Stadt- und Landgebiet), 368; 1905 II S. 21, 74, 82, 105, 114.

1) Bez. Bergedorf vgl. Bek. des Magistrats v. 5. Mai 1905 betr. Straßenbaukosten für neuanzulegende Straßen (Ges.Samml. 1905 II S. 54).

Besondere Bestimmungen hierüber enthält das Bebauungsplangesetz für das ihm unterworfene Gebiet.

1. Bei Anlage neuer Straßen muß die richtige Straßenhöhe sofort hergestellt werden, bei bereits bestehenden Straßen wird der Zeitpunkt der Herstellung der richtigen Straßenhöhe vom Senat bestimmt (§ 10 Abs. 1 Bebauungsplanges.).

2. Dem Grundeigentümer sind auf seinen Antrag die Höhenverhältnisse seines Grundstücks, darunter auch die Straßenhöhe, von der Baudeputation unentgeltlich anzugeben (§ 11 Abs. 8 Bebauungsplanges.; vgl. auch §§ 11, 94 l. Abs. Baupolizeiges.).

3. Ist die richtige Straßenhöhe hergestellt, so muß der Bauende seine mit der Höhenlage der Straße in Beziehung stehenden Bauteile und Anlagen an die richtige Straßenhöhe, und zwar ohne Zuhilfenahme von Sperrmaßgegenständen, anschließen (§ 2 Bebauungsplanges.). Über die Berechtigung zu provisorischen Sperrmaßgegenständen siehe S. 434.

II. Oben (§ 77 III) ist bereits hervorgehoben, daß im Gegensatz zum gemeinen Recht das Hamburgische Recht den Anliegern einen Entschädigungsanspruch zubilligt, wenn eine öffentliche Straße mit obrigkeitlicher Genehmigung verändert wird. Dies bezieht sich insbesondere auch auf Veränderungen im Gefälle der Straße durch Erhöhung oder Tieferlegung (§ 101 Baupolizeiges.).

1. Bei bestehenden Straßen, die nicht durch den Bebauungsplan, sondern sonstwie reguliert werden, tritt die Entschädigungspflicht ohne Rücksicht darauf, ob die Grundstücke bebaut oder unbebaut sind, in jedem Falle der Änderung des Niveaus ein. Eine Gefällregulierung im Sinne des Gesetzes liegt aber nicht vor, wenn die Straße bereits einmal in der planmäßigen Höhe ausgeführt war, sich die Höhenlage durch Versackung geändert hat und darauf die frühere planmäßige Höhe wieder hergestellt wird.[2] Eine Entschädigung tritt ebenfalls nicht ein, wenn dem Anlieger bei Erbauung seines Hauses eine bestimmte Höhenanweisung erteilt ist und die Straße später in dieser Höhe hergestellt wird, oder wenn er sonst gewußt hat, daß die Straßenhöhe nur eine provisorische und ihre Änderung beabsichtigt war.[3] Endlich kann der Anlieger keine Entschädigung beanspruchen, wenn er unter Zuhilfe-

2) Vgl. Beibl. 1906 Nr. 108. A. M. Beibl. 1899 Nr. 123; vgl. auch Beibl. 1881 Nr. 11.

3) Vgl. Beibl. 1895 Nr. 110; 1906 Nr. 108.

nahme von provisorischen Sperrmaßgegenständen an die provisorische Straßenhöhe angeschlossen hat und er später diese Gegenstände wieder entfernen muß (§ 11 l. Abs. Baupolizeiges.).

2. Wird durch den Bebauungsplan eine andere als die bisherige Straßenhöhe festgesetzt und hergestellt, so wird dem Anlieger grundsätzlich nur Entschädigung gewährt, wenn sein Grundstück bereits bebaut ist und ihm nicht schon bei der Bebauung die richtige Straßenhöhe von der Baudeputation angewiesen wurde. Die Entschädigung fällt indessen fort, wenn gleichzeitig mit der Herstellung der richtigen Straßenhöhe ein Neubau oder wesentlicher Umbau stattfindet und wenn der Eigentümer unter Verzicht auf provisorische Sperrmaßgegenstände gebaut hat und bei Herstellung der richtigen Straßenhöhe an letztere anschließen muß. Etwaige provisorische Sperrmaßgegenstände sind ebenfalls ohne Entschädigung zu entfernen.[4]

3. Wird bei der Sanierung der Neustadt[5] die Straßenhöhe verändert, so müssen die Anlieger ihre Grundstücke, und zwar ohne Zuhilfenahme von Sperrmaßgegenständen anschließen. Eine Entschädigung wegen Wertverminderung ihrer Grundstücke steht ihnen nur zu, wenn bisherige Wohn- und Geschäftsräume künftig nicht mehr in der früheren Weise benutzt werden können. Eine Entschädigung wegen Änderung, Beschränkung und Forträumung von Bauteilen besteht nicht, wenn gleichzeitig ein Neubau oder ein Umbau stattfindet oder die Baudeputation schon früher bei einem Um- oder Neubau die richtige Straßenhöhe angewiesen hat.

4. Die Geltendmachung dieser Schadensersatzansprüche erfolgt im Enteignungsverfahren und finden dessen Grundsätze auf die Bemessung der Entschädigung Anwendung.[6] Siehe S. 427.

III. Den Anliegern liegen Beiträge zu gewissen Straßenkosten ob. Auch diese Vorschriften sind, soweit sie nicht rein öffentlichrechtlicher Natur sind, nach Art. 113 E.G. z. B.G.B. in Kraft geblieben.

1. Die Verpflichtung zu Beiträgen tritt in folgenden Fällen ein:

a) Bei Herstellung einer neuen Straße seitens des Staates müssen die Anlieger, falls sie an der neuen Straße das Frontrecht

---

4) Vgl. §§ 7 Abs. 4 a, 10 Abs. 2 Bebauungsplanges. Bez. der provisorischen Sperrmaßgegenstände vgl. S. 434.

5) Vgl. Ges. v. 18. Juli 1900 (Ges.Samml. 1900 I S. 315), Ges. v. 22. Juli 1904 (Ges.Samml. 1904 I S. 313).

6) Vgl. Ges. v. 5. Mai 1886 betr. Abänderung des im § 102 des Baupolizeiges. vorgesehenen Schätzungsverfahrens, sowie die in der vor. Anm. erwähnten Gesetze.

(s. § 90) in Anspruch nehmen und ihre Grundstücke vor Herstellung der Straße erworben haben, dem Staate die Kosten der Straßenanlage ersetzen (§ 108 Baupolizeiges.). Die Kosten umfassen den Wert des für die Straße verwandten Areals, die etwa geleisteten Entschädigungen und die Herstellungskosten der Straße, jedoch höchstens für eine Breite von 17 m. Sie werden unter die Grundeigentümer nach dem Verhältnis der Straßenfront ihrer Grundstücke verteilt.[7] Die Beitragspflicht entsteht erst, wenn die Herstellung der Straße tatsächlich bewirkt, d. h. wenn die Regulierung vollendet und die Straße dem öffentlichen Verkehr übergeben worden ist.[8]

Diese Vorschriften gelten ebenfalls für die Kosten der Anlage von Plätzen, Kanälen und sonstigen öffentlichen Anlagen im Bebauungsplangebiet, sowie für die Regulierung noch unfertiger, bereits bestehender Straßen und Wege, deren Beibehaltung und Regulierung im Bebauungsplane vorgesehen ist, doch sollen in letzterem Falle nur die Kosten einer vorläufigen Herstellung der Straße ersetzt werden (§ 8 Bebauungsplanges.).

Die Höhe der Straßenbeiträge wird zunächst von der Finanzdeputation festgesetzt. Ist der Anlieger mit dieser Festsetzung nicht einverstanden, so erfolgt die Feststellung durch die Schätzungskommission in Expropriationssachen.

b) Hat der Staat zur Verbreiterung einer bestehenden Straße Grundeigentum erworben,[9] so haben, falls die Straße nicht schon vor der Verbreiterung eine Breite von 17 m oder darüber hatte, die Eigentümer derjenigen Grundstücke, welche den zurückgeschobenen Grundstücksfronten gegenüber liegen, ein Drittel der Kosten des Wertes des für die Verbreiterung verwendeten Grundes zu ersetzen (§ 106 Baupolizeiges.). Das Gesetz setzt gewisse Grenzen für diese Beitragspflicht fest. Die Festsetzung des Beitrags erfolgt ebenso wie diejenige des Straßenbeitrags.

c) Die Anlieger haben Trottoirbeiträge zu entrichten.

---

7) Hat ein Anlieger Terrain unentgeltlich hergegeben, so wird ihm dies auf den von ihm geschuldeten Straßenbeitrag angerechnet.

8) Vgl. Beibl. 1886 Nr. 113.

9) Vgl. Beibl. 1876 Nr. 81, 150; 1879 Nr. 26; 1881 Nr. 125; 1888 Nr. 91. Die Straßenverbreiterungsbeiträge sind erst fällig mit der Bewirkung der Verbreiterung, d. h. mit der wesentlichen Vollendung der Regulierung und ihrer Übergabe an den Verkehr (Beibl. 1886 Nr. 113). Der Beitrag ist nur zu entrichten, wenn der Staat zu diesem Zweck Grundeigentum erworben hat (Beibl. 1881 Nr. 125).

α) Sie haben bei der ersten Anlegung oder der späteren Verbreiterung eines Fußweges die Kosten mit 3,60 Mk. pro Quadratmeter ihrer Grundstücksfront zu entrichten, während die Kosten der weiteren Instandhaltung des Fußweges grundsätzlich der Staat trägt[10] (§§ 96, 97, 100 Baupolizeiges.).

Bei Regulierung solcher Fußwege, welche früher von Privaten hergestellt und mit Belag versehen worden sind, kann der Staat von der Zahlung des Trottoirbeitrags befreien (§ 98 Baupolizeiges.).

β) Sie haben die Kosten der Herstellung und etwaigen Aufhebung der Überfahrten über den Fußweg vor ihrem Grundstück zu tragen (§ 99 Baupolizeiges.).[10] Die Überfahrten stehen im Eigentum des Staates, der sie zu unterhalten hat, und gewähren dem Anlieger kein weiteres Recht als das der Benutzung, solange er sie tatsächlich ausübt. Insbesondere enthalten sie keine Dienstbarkeit zugunsten des anliegenden Grundstücks.

γ) Sie haben die Kosten zu ersetzen, wenn für ihre Privatzwecke der Belag des Fußwegs aufgenommen oder infolge ihrer Benutzung vorzeitig ersetzt werden muß (§ 100 Baupolizeiges.).

d) Der Grundeigentümer, welcher zum Zweck der Reparatur von Kasematten, Legung von Röhren usw. vor seinem Grundstück das Straßenpflaster oder Trottoir aufreißen läßt, hat die Kosten der Wiederherstellung zu tragen (§ 85 Abs. 3 Baupolizeiges.).

e) Die Anlieger haben die Kosten einer Fertigstellung der Straße oder eines Weges zu tragen, soweit auf den Antrag der den größeren Teil der Fronten vertretenden Anlieger der Staat bereits bestehende, aber noch unfertige Straßen und Wege oder Teile derselben, deren Beibehaltung und Regulierung im Bebauungsplane vorgesehen ist, fertigstellen läßt (§ 10 Abs. 4 Bebauungsplanges.).

2. Die Beiträge für Straßenanlagen und Straßenverbreiterungen können ebenso wie die Zahlungen bei Übernahme von Privatstraßen und bei der Zusammenlegung von Grundstücken (§ 9 Abs. 4 Bebauungsplanges.)[11] in eine während 30 Jahren

10) Vgl. Beibl. 1902 Nr. 58. Diese Kosten können gemäß § 17 Verhältnisges. im Verwaltungswege beigetrieben werden, nicht aber die unter β erwähnten Kosten; vgl. Beibl. 1902 Nr. 56.

11) Vgl. § 75 Anm. 4.

mit 6 % zu verzinsende Rente (Annuität) verwandelt werden (§ 13 Baupolizeiges.).[12]

3. Die unter 1 und 2 aufgeführten Leistungen, sowie der Hauptteil der Bauabgabe (§ 77 II 1) haben dinglichen Charakter; soweit sie den Eigentümer zu wiederkehrenden Leistungen verpflichten, sind sie als öffentlichrechtliche Reallasten anzusehen. Sie gehen auf den neuen Eigentümer über. S. hierüber § 101.

IV. Die Anlieger einer Privatstraße können unter den allgemeinen Voraussetzungen, unter denen Teilungen von Grundstücken erfolgen dürfen,[13] für ihre an einer Privatstraße belegenen neu gebildeten Bauplätze selbständige Grundbuchblätter anlegen lassen, falls sie genügende Sicherheit dafür bieten, daß die Straße für den öffentlichen Verkehr sowie für die Legung der erforderlichen Rohrleitungen benutzt werden kann und bis zur Übernahme durch den Staat gehörig unterhalten und beleuchtet wird. Aufgrabungen in solchen Privatstraßen dürfen ohne staatliche Erlaubnis nicht vorgenommen werden (§ 126 Baupolizeiges.).

§ 90. Das Frontrecht.

Als ein besonderes Rechtsinstitut hat sich das Frontrecht der Anlieger entwickelt. Dasselbe bedeutet das Recht auf Zugänglichkeit des Grundstücks von der Straße in der ganzen Ausdehnung des Grundstücks und das Recht, Fenster nach der Straße anzulegen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob das Grundstück schon bebaut ist.[1]

I. Dies Recht ist bei öffentlichen Straßen eigentlich ein Ausfluß des Gemeingebrauchs an der Straße, wie dasjenige der Bebauung der anliegenden Straße überhaupt, und unterliegt daher öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten. Doch hat das Frontrecht als besonderes Recht des Einzelnen sich in Hamburg, wie so manches andere Institut des öffentlichen Rechts, aus privatrechtlichen Anschauungen entwickelt, was auch für die gegenwärtige Behandlung von Bedeutung ist. Es ist früher als eine privatrechtliche Servitut aufgefaßt worden; wenn nun auch gegenwärtig der öffentlichrechtliche Charakter des Rechtsinstituts überwiegt

12) Die Behörde hat den Zahlungspflichtigen zur Erklärung aufzufordern, ob er die Umwandlung vornehmen lassen will; wird darauf nicht erwidert, so ist die Zahlung in Kapital zu leisten (§ 130 Abs. 3 Baupolizeiges.).
13) Vgl. § 73.

1) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 161.

und die Vorschriften über Dienstbarkeiten nicht ohne weiteres Anwendung finden können, so steht das Frontrecht doch in mancher Beziehung unter diesen Vorschriften.

1. Bis in die 60er Jahre des 19. Jahrhunderts galt dies Recht des Zuganges zur öffentlichen Straße und der Anlegung von Fenstern an derselben kraft des Gemeingebrauchs als selbstverständlich.[2]

2. Später hat der Staat für die Stadt Hamburg den Standpunkt eingenommen, daß der Satz des Nachbarrechts, nach welchem kein Nachbar sich die Anlegung von Fenstern und Türen an der Grenze gefallen zu lassen braucht, auch auf das Verhältnis der Anlieger einer Straße zum öffentlichen Grunde Anwendung finde und daß deshalb nach rein privatrechtlichen Grundsätzen, bevor Zugänge von der öffentlichen Straße angelegt werden durften, erst ein besonderes, jene gesetzliche Eigentumsbeschränkung aufhebendes Recht erworben werden müsse.[3] Der Zweck dieses Standpunktes war, die Anlieger zu den Anlagekosten einer neuen Straße heranzuziehen, indem die Verleihung des Frontrechts von der Übernahme der Kosten abhängig gemacht wurde (s. S. 505). Es wurde üblich, durch einen Vermerk im Grundbuch, daß das Grundstück „an einer Straße belegen sei", das Bestehen eines besonderen Frontrechts zum Ausdruck zu bringen.[4]

3. Im Baupolizeigesetz vom 23. Juni 1882 (§ 108) kam das Frontrecht zum ersten Male gesetzlich zum Ausdruck. Danach hat die Finanzdeputation nach Erstattung oder Sicherstellung der Anlagekosten in die Eintragung eines Vermerks im Grundbuch, daß das Grundstück an der betreffenden Straße belegen sei, zu konsentieren mit der Wirkung, daß durch die Eintragung dieses Vermerks das Frontrecht an der Straße begründet würde. Ohne die Zustimmung der Finanzdeputation konnte ein Frontrecht fortan nicht begründet werden.

II. Aus dieser geschichtlichen Entwicklung ergibt sich, daß

1. allen denjenigen Grundstücken das Frontrecht zusteht, welche schon im Anfang der 60er Jahre des 19. Jahrhunderts an einer öffentlichen Straße lagen und

---

2) Baumeister kennt ein besonderes Frontrecht noch nicht (I S. 144, 145). Vgl. Beibl. 1868 Nr. 58; 1869 Nr. 78; 1870 Nr. 98.

3) Vgl. Beibl. 1900 Nr. 96; 1901 Nr. 161; Wulff III S. 266 Anm.; Melchior, Ausführungsges. S. 66.

4) Vgl. Beibl. 1869 Nr. 78; 1870 Nr. 98. Andere Belegenheitsbezeichnungen bedeuteten nur eine Ortsbezeichnung; a. M. Beibl. 1901 Nr. 161, wo das O.L.G. ausgesprochen hat, daß jede Belegenheitsbezeichnung das Bestehen eines Frontrechts beweise. Doch steht dies mit der Hamburgischen Praxis bei der früheren Grundbuchführung im Widerspruch.

2. diejenigen Grundstücke das Frontrecht besitzen, hinsichtlich deren nach dem Inkrafttreten des Baupolizeigesetzes von 1882 ein bezüglicher Vermerk mit Zustimmung der Finanzdeputation im Grundbuch eingetragen ist. Ist ein Vermerk ohne Zustimmung der Finanzdeputation eingetragen, so muß derjenige, welcher das Frontrecht in Anspruch nimmt, die Existenz desselben beweisen.

3. für die Zwischenzeit ein Vermerk im Grundbuch, daß ein Grundstück „an einer Straße belegen sei", die Vermutung für das Bestehen eines Frontrechts enthält.[4]

III. Das Rechtsinstitut des Frontrechts hat sich auch auf das Hamburger Landgebiet ausgedehnt. Ob dasselbe in Bergedorf und Ritzebüttel besteht, ist zweifelhaft.[5]

IV. Die Entstehung des Frontrechts und das Fortbestehen eines solchen an öffentlichen Straßen ist von der Eintragung im Grundbuch nicht abhängig (§ 17 Abs. 5 A.G. z. G.B.O.). Diese landesgesetzliche Vorschrift ist zulässig, da das Frontrecht als Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts dem Reichsrecht nicht unterliegt. Es kann durch bloßen Vertrag entstehen.

Doch trifft § 17 A.G. z. G.B.O. über die seit längerer Zeit übliche Eintragung des Frontrechts an öffentlichen Straßen[6] eingehende Vorschriften:

1. Die Eintragung erfolgt kostenfrei[7] beim berechtigten Grundstück in Spalte 1 des Bestandsverzeichnisses, ohne daß es einer Eintragung auf dem Blatte des belasteten Grundstücks bedarf.[8] Auf dem letzteren wird das Frontrecht nur selten eingetragen werden, da das belastete Grundstück nach § 18 A.G. z. G.B.O. in der Regel ein Grundbuchblatt nicht haben wird.

2. Der Eigentümer des Grundstücks hat die Eintragung zu beantragen, von Amts wegen wird das Frontrecht in die neuen Bücher nicht eingetragen.

---

5) Vgl. Melchior, Ausführungsges. S. 67; Beibl. 1904 Nr. 91.

6) Und Wasserwegen; s. § 92 V 1. Es ist nicht erforderlich, daß die Straße zur Zeit der Eintragung schon mindestens vorläufig fertiggestellt ist, sie braucht nur als öffentliche in Aussicht genommen zu sein; vgl. Amtsger.Samml. 1903 S. 49.

7) Vgl. § 17 Abs. 4 A.G. z. G.B.O.

8) Die Zulässigkeit dieser von § 8 G.B.O. und § 873 B.G.B. abweichenden Bestimmung des § 17 Abs. 5 A.G. z. G.B.O. wird durch Art. 128 E.G. z. B.G.B. sowie dadurch gedeckt, daß es sich hier um ein öffentlichrechtliches Institut handelt, das den Vorschriften des Reichsrechts nicht unterliegt.

a) Er kann die Eintragung verlangen, wenn das Bestehen des Frontrechts durch eine vor dem 1. Februar 1900 mit Zustimmung der Behörde[9] eingetragene Belegenheitsbezeichnung nachgewiesen wird.

b) Im übrigen kann die Eintragung nur mit Einwilligung der Behörde[9] erfolgen,[10] welche dieselbe aber dem Eigentümer nicht versagen darf, falls das Frontrecht besteht. Der Eigentümer kann auf Erteilung der Einwilligung klagen, doch muß er das Bestehen des Frontrechts beweisen.

3. Nach der Zurückführung der Grundbücher auf die Flurbücher (s. § 68) begründet eine Belegenheitsbezeichnung im Grundbuch nicht mehr die Vermutung, daß das Frontrecht an der öffentlichen Straße besteht.

V. Das Erlöschen des Frontrechts richtet sich wie die Entstehung nach dem früheren Recht, da das Reichsrecht auf dasselbe Anwendung nicht findet. Außer durch Vertrag oder Verzicht kann das Frontrecht auch durch dreißigjährige Nichtausübung untergehen. Dazu ist aber, da es sich um ein dingliches Recht handelt, erforderlich, daß der Ausübung des Rechts eine seine Ausübung behindernde Störung entgegengestellt wird[11] (s. S. 551).

VI. Auch an Privatstraßen, -wegen und -gewässern kann ein Frontrecht bestehen, welches denselben Inhalt hat wie das Frontrecht an öffentlichen Straßen. Dasselbe ist eine privatrechtliche Servitut. Es konnte früher wie alle Servituten durch Vertrag und Ersitzung begründet werden. Heute sind auf dieses Recht die Vorschriften über Grunddienstbarkeiten anzuwenden, insbesondere auch diejenige des § 44 A.G. z. B.G.B., welche die Eintragung der Dienstbarkeit zum Zweck ihrer Erhaltung gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs vorschreibt[12] (s. § 97 und § 98 II 6).

§ 91. Die Wegeunterhaltungspflicht.

Über die Unterhaltungspflicht bez. der Wege und Straßen bestehen in Hamburg nur wenig gesetzliche Bestimmungen.

---

9) Die zuständige Behörde ist in der Stadt Hamburg die Finanzdeputation (§ 17 Abs. 3 A.G. z. G.B.O.), in Bergedorf der Magistrat, in den Landgemeinden der Gemeindevorstand. S. hierüber Wulff III S. 267 Anm. 5.

10) Vgl. Beibl. 1900 Nr. 96.

11) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 161 a. E.

12) Die Eintragung des Frontrechts an einer Privatstraße ist gebührenpflichtig nach § 28 Ziff. 2 Hamb. G.K.G. (Beibl. 1901 Nr. 97).

I. In der Stadt Hamburg sind öffentliche Straßen einschl. der Fußwege (§ 100 Baupolizeiges.) vom Staat,[1] Privatstraßen von den Unternehmern bezw. den Eigentümern der anliegenden Grundstücke zu unterhalten [2] eventuell auch zu beleuchten, soweit nicht anderweitige Vereinbarungen getroffen worden sind. Als Eigentümer der öffentlichen Straße kann der Staat mit den Privaten solche Vereinbarungen treffen.

Die Unterhaltspflicht hinsichtlich der Privatstraßen umfaßt außer der ordnungsmäßigen Unterhaltung auch die Verpflichtung zur Instandsetzung, falls die provisorische Herstellung gestattet war und der Staat die definitive Instandsetzung verlangt (§ 115 Abs. 4 Baupolizeiges.) oder staatsseitige Übernahme erfolgen soll (s. S. 500).

II. Im Landgebiet ist die Unterhaltungspflicht hinsichtlich der Wege sehr streitig. Falls ein besonderer Titel nicht vorliegt, sind die öffentlichen Wege von den Gemeinden, die Privatwege von den Eigentümern der anliegenden Grundstücke zu unterhalten. Insbesondere wird man es grundsätzlich für die Aufgabe des Gemeinwesens zu erklären haben, für die Herstellung und Instandhaltung der für den allgemeinen Verkehr erforderlichen Verkehrswege zu sorgen.[3]

1. Durch besonderen Titel kann die Unterhaltungspflicht öffentlicher Wege anderen Gemeinden oder Privaten, insbesondere den Anliegern, übertragen worden sein.[4] Häufig ist sie den Realgemeinden übertragen.

2. Die Wegeunterhaltungspflicht ist eine öffentlich-rechtliche Reallast (s. § 101 III 6). Sie trifft, falls sie einer Realgemeinde obliegt, nicht die Gemeinde als solche, sondern die einzelnen Mitglieder,[5] falls sie einer Vollhüfnerstelle obliegt, bloß die einzelnen anliegenden Ländereien.[6] In das Grundbuch braucht sie regelmäßig nicht eingetragen zu werden, da es sich um eine Verpflichtung öffentlich-rechtlichen Charakters handelt, doch ist sie an sich buchungsfähig.[7]

---

1) Bez. der Pflichten der Anlieger zu Beitragsleistungen s. § 89.
2) Die Reinigung der Privatstraßen besorgt der Staat gegen eine Gebühr, welche wie die Grundsteuer beigetrieben wird und eine öffentliche Last des Grundstücks ist (§ 72 Straßenordn.).
3) Vgl. Beibl. 1886 Nr. 143.
4) Vgl. Beibl. 1886 Nr. 143; 1901 Nr. 71 (Billwärder Landweg); 1904 Nr. 172 (Gem. Groß-Borstel).
5) Vgl. Beibl. 1886 Nr. 143.
6) Vgl. Beibl. 1875 Nr. 46.
7) Vgl. Beibl. 1904 Nr. 172.

3. Die Unterhaltungspflicht enthält die Verpflichtung, den Weg in demjenigen Zustand zu erhalten, in welchem er sich bei Übernahme der Pflicht befand, und verpflichtet nicht zu solchen Instandsetzungen, welche die Natur des Weges verändern, z. B. dazu, den Weg aus einem Feld- oder Landwege in eine Kunststraße zu verwandeln.[8] Sie besteht in gewöhnlichen, sich regelmäßig wiederholenden Ausbesserungen von geringem Umfange und außergewöhnlichen, durch Naturereignisse notwendig gewordenen Instandsetzungen. In manchen Fällen ist die Person des Verpflichteten nach beiden Richtungen eine verschiedene.

4. Der Unterhaltungspflicht entspricht herkömmlich ein Recht der Unterhaltungspflichtigen auf Nutzung des Grases und der Buschanpflanzungen auf denjenigen Terrainstreifen, auf welche sich die Unterhaltungspflicht erstreckt.[9]

Fünfter Abschnitt.

Das Wasserrecht.

§ 92. Übersicht.

I. Unberührt bleiben nach Art. 65 E.G. z. B.G.B. die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Wasserrecht angehören.

In Hamburg sind anläßlich des Inkrafttretens des B.G.B. nur einzelne Vorschriften über das Wasserrecht getroffen worden, an einer Kodifikation dieses Rechts oder auch nur einem zusammenhängenden Wassergesetz fehlt es bisher.

Danach kommen für das allgemeine Wasserrecht vornehmlich gemeinrechtliche[1] und gewohnheitsrechtliche Bestimmungen in Betracht.

Einzelne Fragen, welche mit dem Wasserrecht in Zusammenhang stehen, sind geregelt: im Baupolizeigesetz, namentlich bez. der Siele und der Regulierung von Kanälen (§§ 93—95, sowie §§ 101—106), im A.G. z. B.G.B. (§§ 51—66), in dem Gesetz vom 18. September 1885 betr. die Deichverhältnisse der Stadtmarsch[2] und in der Deichordnung vom 4. März 1889 für die Landherrnschaften der Marschlande und Bergedorf[3] bez. des Deichrechts, in dem Regulativ für die Wasser-

8) Vgl. Beibl. 1884 Nr. 90; 1885 Nr. 84; 1904 Nr. 172.
9) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 71.
1) Über das gemeinrechtliche Wasserrecht vergleiche Dernburg, Pand. I § 73.
2) Vgl. Wulff II S. 459.
3) Vgl. Wulff II S. 462.

versorgung durch die Stadtwasserkunst[4] vom 13. Juli 1906 bez. der Wasserversorgung der Stadt Hamburg, im Gesetz vom 21. Februar 1881 betr. Wasserversorgung der Elbinseln Steinwärder, Kleiner Grasbrook und Veddel sowie Entwässerung derselben,[5] in § 17 A.G. z. G.B.O. bez. des Frontrechts an öffentlichen Wasserwegen.

II. Die fließende Wasserwelle ist nicht faßbar und daher kein Gegenstand einer Privatberechtigung, während einerseits an der Gesamtheit des Gewässers oder dem Wasserlaufe, andererseits an dem in Behältern gefaßten Wasser, einer beweglichen Sache, Privatrechtsverhältnisse möglich sind.[6]

Es sind zu unterscheiden

1. öffentliche und private Gewässer.

a) Öffentliche Gewässer sind diejenigen, an denen ein Gemeingebrauch Aller besteht. Dazu gehören

α) nach der zwar bestrittenen, aber herrschenden und auch in der Hamburgischen Praxis anerkannten gemeinrechtlichen Theorie[7] alle fließenden Gewässer, Flüsse und Bäche, mögen sie schiff- und flößbar sein oder nicht. Das fließende Wasser ist hier in Gegensatz zu dem bloß zu gewissen Zeiten, z. B. bei starkem Tauwetter oder heftigen Regengüssen, fließenden Wasser verstanden. Ständige Gewässer, die weder schiff- noch flößbar sind, können im Sonderrecht stehen, doch spricht keine Vermutung dafür.

β) die Hamburgischen Kanäle und Fleete, welche vom Staat unterhalten werden;[8]

γ) die Häfen.

b) Nichtöffentliche Gewässer sind diejenigen, an welchen lediglich einzelnen bestimmten Personen das Recht der Benutzung zusteht. Dazu gehören:

---

4) Vgl. Gef.Samml. 1906 I S. 98. Dieses Regulativ ist an die Stelle desjenigen vom 14. Juli 1899 (Wulff II S. 486) getreten.

5) Vgl. Wulff II S. 496.

6) Über die Rechtsverhältnisse am Meer vgl. S. 349.

7) Vgl. Entsch. des R.G. 8 S. 134; 12 S. 183; 15 S. 184; 26 S. 147; 52 S. 380; Seuff. Arch. 27 Nr. 204—206; 58 Nr. 135. Nach Windscheid-Kipp (I § 146 S. 722) sind die Bäche keine öffentlichen Gewässer, während Dernburg (Pand. I § 73, Bürg. Recht III S. 409) bloß die von Natur schiffbaren Ströme als öffentliche betrachtet; vgl. dagegen R.G. in Entsch. 52 S. 383.

8) Vgl. hierzu die entsprechend anwendbare, auf den Kaiser-Wilhelms-Kanal bezügliche Entsch. des R.G. in Entsch. 45 S. 165.

α) Teiche und Seen, d. h. rings von Land umflossene Wasserflächen;

β) das aus Brunnen, Quellen[9] entspringende Wasser, sowie das sich auf einem Grundstück sammelnde Regenwasser;

γ) das Wasser der von Privaten auf ihren Grundstücken angelegten Kanäle und Entwässerungsanlagen.

2. Natürliche und künstliche Gewässer. Künstliche Gewässer sind nicht nur diejenigen, deren Bett künstlich hergestellt worden ist, sondern auch gewisse natürliche Gewässer, deren Lauf und Umfang durch menschliche Tätigkeit erheblich abgeändert worden ist, wie es z. B. bei einem großen Teil der Hamburger Häfen zutrifft. Dieser Unterschied kommt z. B. in Betracht hinsichtlich des Frontrechts (s. unter V 1).

III. Das Eigentum an den Gewässern.

1. Öffentliche Flüsse stehen grundsätzlich in dem Eigentum niemandes, sie sind res ommium communes.[10] Dies gilt nicht nur von dem fließenden Wasser, sondern auch von dem Flußbett. Eine Ausnahme findet bez. des Flußbettes statt, falls dasselbe, bevor es überflutet wurde, im Privateigentum stand und im Grundbuch eingetragen war. Dann ist das Eigentum erhalten geblieben, wenn es auch nicht ausgenutzt werden kann, solange es unter Wasser steht.[11] Dem Staate steht mithin ein Eigentum an den Flüssen nicht zu. Der Staat hat vielmehr grundsätzlich auf Grund des ihm zustehenden Hoheitsrechts im Interesse der Allgemeinheit die dem Zweck der Flüsse entsprechenden Einrichtungen zu treffen und zu unterhalten, die Aufsicht zu führen und den öffentlichen Gebrauch zu regeln.

2. Sonstige öffentliche Gewässer können im fiskalischen Eigentum des Staates stehen, so ist dies von den Kanälen innerhalb der Stadt Hamburg anzunehmen, welche den öffentlichen Straßen im Baupolizeigesetz gleichgestellt sind. Ob die Häfen im Eigentum des Staates stehen oder res nullius sind, hängt

---

9) Vgl. Entsch. des R.G. 12 S. 183; Seuff. Arch. 47 Nr. 261.

10) Vgl. Entsch. des R.G. 4 S. 258; 35 S. 235; 53 S. 100; Stobbe, Deutsches Privatrecht I § 64; Hauptbl. 1892 Nr. 65; Seuff. Arch. 47 Nr. 180.

11) Vgl. Beibl. 1906 Nr. 199. Der römisch-rechtliche Grundsatz, daß das Eigentum an einem dauernd von einem öffentlichen Gewässer überfluteten und dadurch Teil des Flußbettes gewordenen Grundstück für den bisherigen Eigentümer dauernd verloren geht, ist hinsichtlich im Grundbuch eingetragener Grundstücke in Hamburg nicht rezipiert worden.

davon ab, ob sie künstlich vom Staate geschaffen oder ob sie als ein natürlicher Teil der Elbe anzusehen sind.

Eine Eintragung des Eigentums an öffentlichen Gewässern im Grundbuch ist nicht erforderlich (§ 18 A.G. z. G.B.O.).

3. Nichtöffentliche Gewässer stehen im Privateigentum. Das Eigentum erstreckt sich aber auch hier nur auf die Gewässer im ganzen, das Flußbett und die Ufer, nicht auf die fließende Wasserwelle.

Sobald nichtöffentliche Gewässer nicht ausschließlich von Privatgrundstücken umschlossen sind, unterliegen sie öffentlichrechtlichen Beschränkungen im Interesse der Gesamtheit.[12]

4. Hören öffentliche Gewässer durch Verfügung der zuständigen Behörde auf, dem Gemeingebrauch zu dienen, so tritt Privateigentum an dem Gewässer ein, und zwar ist in der Regel Akkreszenz für das Eigentum der Anlieger bis zur Mitte des Wasserweges anzunehmen.[13]

IV. Der Gemeingebrauch an öffentlichen Gewässern.

1. Der Gemeingebrauch erstreckt sich auf die naturgemäße Benutzung der Gewässer. Insbesondere darf jeder die Gewässer unter Beobachtung der polizeilichen Vorschriften zur Schiffahrt,[14] zum Schöpfen,[15] Tränken, Schwemmen, Baden[16] benutzen. Dagegen steht eine Entnahme von Sand und Steinen aus den Flüssen in größerem Umfange mit dem Gemeingebrauch nicht im Einklang.[17] Ebensowenig besteht ein allgemeines Recht des Anliegers, den an sein Grundstück angrenzenden Teil des

12) Vgl. Beibl. 1878 Nr. 89.

13) Vgl. Beibl. 1874 Nr. 61; 1875 Nr. 122.

14) Vgl. insbes. die Ver. v. 16. Febr. 1894 betr. die Schiffahrt und Flößerei auf der Elbe (Wulff I S. 426), die Bek. v. 11. Mai 1888 betr. die Dampfschiffahrt auf der Bille (Wulff I S. 439), die Ver. v. 30. Nov. 1896 und 4. Jan. 1904 betr. die Beförderung gefährlicher Güter in Kauffahrteischiffen (Wulff I S. 445, IV S. 209), die Ver. v. 20. April 1904 betr. Sicherung der Beförderung von Passagieren mit Dampfschiffen auf der Unterelbe (Wulff IV S. 203), das Hafengesetz v. 2. Juni 1897 (Wulff I S. 460, IV S. 210), die Hafenordnung v. 30. Juni 1897 (Wulff I S. 474, IV S. 211), die Alsterordnung v. 3. März 1904 (Wulff IV S. 270), das Pol. Regl. v. 18. Juni 1897 für die Alster-Dampfschiffe (Wulff II S. 57), die Ver. v. 1. Sept. 1897 betr. die Alsterschiffahrt bei Fuhlsbüttel (Wulff II S. 59).

15) Dabei ist natürlich das Betreten privaten Eigentums ohne besondere Genehmigung des Eigentümers nicht gestattet.

16) Vgl. jedoch die polizeilichen Vorschriften in der Badeordnung v. 15. April 1894 (Wulff II S. 409) und in der Alsterordnung v. 3. März 1904 § 13, nach welcher das Baden in der freien Alster und ihren Nebenarmen untersagt ist.

17) Vgl. auch § 81 der Hafenordnung v. 30. Juni 1897 (Wulff I S. 476).

Wassers, sobald und so oft er will, als Lösch- und Liegeplatz der für ihn bestimmten Schiffe zu benutzen.[18]

Aus polizeilichen Rücksichten kann der Gemeingebrauch weitgehend beschränkt, nach gewissen Richtungen ganz aufgehoben werden. Da das Landesrecht hierin nicht beschränkt ist, so sind alle landesrechtlich in gültiger Form erlassenen Vorschriften, welche den Gemeingebrauch mehr oder weniger eingehend regeln, zulässig. Solche Vorschriften bestehen in Hamburg in großer Zahl.[14]

2. Besonders ist für das Hamburgische Gebiet das Recht der Immission in öffentliche Gewässer geregelt.

a) In der Stadt Hamburg sind alle Abflüsse der Grundstücke einschl. des Regenwassers grundsätzlich in die öffentlichen Siele zu leiten; es darf, falls an der Landseite ein öffentliches Siel vorhanden ist, im allgemeinen das Regenwasser nur durch die an der Wasserseite freiliegenden Regenrohre in die Gewässer geleitet werden [19] (§ 95 Baupolizeigesetz). Ist kein Siel vorhanden, so kann eine andere Ableitung provisorisch gestattet werden, doch darf die Ausmündung nicht höher als 30 cm über dem Grunde des Fleets liegen. Sobald jedoch ein öffentliches Siel erbaut wird, sind sämtliche Abflüsse in dieses zu leiten. Beim Vorhandensein größerer Rein- oder Regenwassermengen kann die Behörde auch trotz Bestehens eines Sieles eine andere Ableitung gestatten oder gar vorschreiben.

b) Abwässer ausschl. Regenwasser dürfen in der Stadt Hamburg nur mit ausnahmsweiser, stets widerruflicher Genehmigung der Behörde in einen öffentlichen Wasserlauf geleitet werden. Im übrigen sind die Abwässer in wasserdicht gemauerten Gruben zu sammeln und abzufahren, auch kann die Behörde gestatten, die Abwässer von solchen Grundstücken, die an nicht mit einem öffentlichen Siel versehenen Straßen belegen sind, einem nahegelegenen öffentlichen Siel zuzuführen.[20]

Eingehende Vorschriften über die Aufbewahrung und Abfuhr der Abwässer und Fäkalien trifft das Gesetz vom 30. Juni 1899 betr. die Beseitigung der Abwässer und Fäkalien von den nicht oder nur zum Teil

---

18) Vgl. Beibl. 1894 Nr. 129.

19) Vgl. auch § 2 Ges. v. 21. Febr. 1881 betr. die Wasserversorgung der Elbinseln (Wulff II S. 496).

20) Vgl. Wulff II S. 163.

an die Siele angeschlossenen Grundstücken.[20] Die hierfür zu zahlenden Gebühren sowie die Gebühren für Mietung vorschriftsmäßiger Abortkübel sind dingliche Lasten, und zwar öffentliche Lasten im Sinne des Z.V.G.[21]

c) Unrat jeglicher Art darf in der Stadt Hamburg nicht in die Sielöffnungen und die öffentlichen Wasserläufe gegossen werden (§ 66 Straßenordn.), was noch ausdrücklich für die Elbe,[22] den Hafen (§§ 5, 6 Hafenordn.) und die Alster nebst Nebenarmen (§ 13 Alsterordn.) untersagt ist. Unter den öffentlichen Wasserläufen sind hier, da die Straßenordnung eine besondere Beschränkung nicht aufstellt, alle Wasserläufe zu verstehen, an denen ein Gemeingebrauch stattfindet.[23]

d) Im Landgebiet dürfen Fäkalien und gesundheitsschädliche Abwässer nicht in öffentliche oder private Wasserläufe geleitet werden, es sei denn, daß sie nach Anweisung der Landherrnschaft unschädlich gemacht sind.[24]

e) Über die Immission von Wasser in die Wetterungen in Cuxhaven s. § 8 Gesetz vom 18. Mai 1896 betr. Herstellung einer Sielanlage in Cuxhaven usw.[25]

3. Das Recht des Gemeingebrauchs umfaßt auch das Recht, gewisse Anlagen am Gewässer zu errichten, z. B. Brücken und Stege, doch darf dadurch der Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt werden, auch müssen die etwaigen baupolizeilichen Vorschriften, z. B. bez. der Kanäle, eingehalten werden.

4. Während im allgemeinen die römischrechtlichen Interdikte zum Schutz öffentlicher Sachen heute als beseitigt gelten müssen (s. S. 356) ist das interdictum ne quid in flumine publico fiat, neben welchem das restitutorische interdictum quod in flumine publico, steht, als Institut des Wasserrechts in Geltung geblieben.[26]

---

21) Vgl. § 16 Nr. 4 Ges. v. 30. Juni 1899 (Wulff II S. 166).

22) Vgl. § 21 Ver. v. 16. Febr. 1894 betr. die Schiffahrt auf der Elbe (Wulff I S. 431); § 45 Ver. v. 20. April 1904 für die Schiffahrt auf der Unterelbe (Wulff IV S. 202).

23) Wulff IV S. 261 Anm. 3 faßt den Begriff enger auf; er will die Vorschriften nur auf diejenigen Wasserläufe beziehen, welche an die öffentliche Straße grenzen. Eine solche Beschränkung findet aber in der Fassung des Gesetzes keine Stütze.

24) Vgl. § 4 Ges. v. 26. Mai 1905 (Wulff IV S. 335) über die Aufbewahrung und Beseitigung von Abwässern usw. für das Hamburgische Landgebiet.

25) Vgl. Ges.Samml. 1896 I S. 62.

26) Vgl. Windscheid-Kipp II Zus. zu § 467; tit. Dig. ne quid in flum. publ. 43, 13. Entsch. d. R.G. 64 S. 252.

Danach hat jeder Benachteiligte einen Anspruch auf Beseitigung der Störung durch eine die Schiffahrt in einem öffentlichen Gewässer beeinträchtigende oder den Lauf eines solchen Gewässers im Verhältnis zum letztvergangenen Sommer[27] ändernde Vorrichtung, sowie auf Beseitigung der Störung in der Benutzung eines öffentlichen Gewässers zur Schiffahrt oder zu einem sonstigen erlaubten Zweck. Der Anspruch geht gegen den Störer, d. h. denjenigen, der das vermeintliche Schiffahrtshindernis geschaffen hat,[28] auf Wiederherstellung und Schadensersatz, gegen den dritten unschuldigen Besitzer auf Gestattung eigener Wiederherstellung.[29]

Da der Hamburgische Staat verpflichtet ist, in den Grenzen seines Gebietes auf der Elbe alle im Fahrwasser sich befindenden Hindernisse der Schiffahrt ohne Verzug wegzuräumen, so ist das Interdikt, soweit Vorgänge auf der Elbe in Frage kommen, gegen den Staat zu richten.[30] Andererseits kann auch der Staat von dem Interdikt Gebrauch machen und Beseitigung der Störung fordern. Er wird in diesem Falle durch die Baudeputation, nicht durch die Finanzdeputation vertreten.[31]

Für die Elbe ist besonders bestimmt, daß, falls ein festgefahrenes oder gesunkenes Schiff oder Floß oder eine gesunkene Anlage die Schiff- oder Floßfahrt hindert, und der Führer oder Besitzer es unterläßt, ungesäumt die Wiederflottmachung oder Herausschaffung herbeizuführen, die Strompolizei die Behebung des Hindernisses auf Kosten des Verpflichteten herbeiführen kann.[32]

V. Wie an anderen öffentlichen Sachen können auch an öffentlichen Flüssen Sonderrechte bestehen.

1. Diese Sonderrechte können z. B. in der Ausübung eines Fischereirechts (s. S. 493), in der Anlage von Mühlenbetrieben, Maschinen-

---

27) D. h. zur Zeit der herbstlichen Tag- und Nachtgleiche (R.G. 64 S. 253).

28) „qui immissum habet."

29) Vgl. Windscheid-Kipp II § 467 Nr. 4—6; Entsch. des R.G. 21 S. 191; 30 S. 127; 64 S. 252; Hauptbl. 1893 Nr. 87; Beibl. 1895 Nr. 7; 1905 Nr. 88. Wer eine Störung vornimmt, handelt rechtswidrig, wer es schuldhaft tut, begeht eine unerlaubte Handlung (R.G. 64 S. 253).

30) Vgl. Hauptbl. 1893 Nr. 87; Art. 28 Elbschiffahrtsakte v. 23. Juni 1821, § 52 Additionalakte v. 13. April 1844 zur Elbschiffahrtsakte.

31) Vgl. Beibl. 1895 Nr. 7.

32) Vgl. § 45 Ver. v. 16. Febr. 1894 für die Schiffahrt und Flößerei auf der Elbe. Diese Vorschrift ist eine solche des Wasserrechts und daher nach Art. 65 E.G. z. B.G.B. aufrechterhalten. Vgl. auch § 7 Hafenordn. v. 30. Juni 1897 betr. Beseitigung von gesunkenen Gegenständen im Hamburger Hafen.

anlagen, in der Überbrückung und Überbauung des Gewässers mit einem Privatgebäude[33] usw. bestehen. Es darf sich aber hierbei einerseits nicht bloß um eine auf dem allgemeinen Gebrauchsrecht des öffentlichen Gewässers beruhende Nutzung handeln, andererseits darf das Sonderrecht den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigen.

Das Recht der Benutzung des öffentlichen Gewässers von den anliegenden Grundstücken aus ist regelmäßig als ein Ausfluß des Gemeingebrauchs und nicht als ein besonderes Recht anzusehen. Nur an künstlich angelegten öffentlichen Gewässern, z. B. an den Kanälen in der Stadt Hamburg, welche insofern den öffentlichen Straßen gleichstehen, kann ein besonders erworbenes Frontrecht bestehen.[34] Auf dieses Frontrecht, welches zuerst im Jahre 1884 im Bebauungsplan für den Hammerbrook[35] hinsichtlich der dortigen Kanäle erwähnt wird, finden dieselben Grundsätze Anwendung, welche für das Frontrecht an öffentlichen Straßen dargelegt worden sind.[36] Insbesondere sind die Anlieger, wenn sie das Frontrecht an dem neu angelegten Kanal in Anspruch nehmen, verpflichtet, dem Staate die Kosten zu ersetzen (§ 108 Baupolizeiges.), auch kann die Eintragung dieses Frontrechts in die Grundbücher nach Maßgabe der in § 90 dargelegten Bestimmungen erfolgen (§ 17 A.G. z. G.B.O.). An der Elbe und der Alster besteht aus den obigen Gründen ein derartiges Sonderrecht nicht.[34]

2. Die Begründung eines Sonderrechts an öffentlichen Gewässern.

a) Soweit der Staat Eigentümer der öffentlichen Gewässer ist, kann er alle aus dem Eigentum sich ergebenden Rechte ausüben, soweit der Gemeingebrauch dadurch nicht beeinträchtigt wird.

Aber auch dort, wo ihm, wie bei den öffentlichen Flüssen, ein solches fiskalisches Eigentum nicht zusteht, hat sich doch ein beschränktes Wasserregal entwickelt, nach welchem gewisse Wirkungen und Nutzbarkeiten des Eigentums kraft Regals vom Staate ausgeübt werden.[37] Daraus ergibt sich insbesondere ein Anspruch des Hamburgischen Staates auf Vornahme von Änderungen an der Elbe.

33) Vgl. Entsch. des R.G. 8 Nr. 39.
34) Vgl. Beibl. 1902 Nr. 23; 1903 Nr. 96.
35) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1884 S. 81 f.
36) Vgl. § 90.
37) Vgl. Beibl. 1870 Nr. 55, 57; 1871 Nr. 41; 1884 Nr. 137; 1903 Nr. 96.

b) Der Staat kann kraft seines Eigentums oder kraft Regals die ihm zustehenden Nutzungsrechte als privatrechtliche Befugnisse unentgeltlich oder entgeltlich weiter verleihen.[38] Das geschieht regelmäßig in der Form des Vertrages.

c) Die Sonderrechte können durch unvordenkliche Verjährung entstehen.[39] Hierfür kann auf das oben (s. S. 355) Ausgeführte verwiesen werden.

3. In das Grundbuch brauchen solche Sonderrechte nicht eingetragen zu werden, da sie öffentlichrechtlichen Charakters sind. Sie sind aber buchungsfähig, da sie nach früherem Recht eingetragen werden konnten und dies aufrechterhalten ist. Sie werden dann auf dem Blatte des berechtigten Grundstücks eingetragen, da das öffentliche Gewässer nach § 18 A.G. z. G.B.O. regelmäßig ein Grundbuchblatt nicht haben wird. Über die Eintragung des Frontrechts s. unter 1.

VI. Wenn in der Stadt Hamburg durch die Regulierung eines öffentlichen Kanals oder durch Auflegung von Baulinien eine Wertverminderung der anliegenden Grundstücke eintritt, so sind die Eigentümer der letzteren ebenso zu entschädigen wie bei der entsprechenden Regulierung von öffentlichen Straßen.[40]

Andererseits haben die Anlieger, wie unter V 1 ausgeführt ist, bei der Anlage eines Kanals, falls sie das Frontrecht an demselben in Anspruch nehmen, einen Beitrag zu leisten (§ 108 Baupolizeiges.), und haben bei der Verbreiterung eines Kanals durch Zurücklegung der Grundstücksfronten oder vollständige Beseitigung der Grundstücke an der einen Seite die Eigentümer der gegenüberliegenden Grundstücke einen Kanalverbreiterungsbeitrag zu entrichten (§ 106 Baupolizeiges.).[41]

Diese Bestimmungen finden auch nur auf die künstlich hergestellten Kanäle, nicht aber auf die öffentlichen Flüsse, insbesondere nicht auf Elbe und Alster Anwendung, da bei diesen von einer Gleichstellung mit den öffentlichen Straßen nicht die Rede sein kann.[42] Nach dem hierfür in Betracht kommenden gemeinen Recht haben die Anlieger bei einer Regulierung des öffentlichen Flusses einen Entschädigungsanspruch nicht.

---

38) Vgl. Beibl. 1903 Nr. 96.
39) Vgl. Entsch. des R.G. 23 S. 152.
40) Vgl. § 101 Baupolizeiges., §§ 1, 6, 7 Bebauungsplanges. S. auch § 77 III.
41) S. § 89 III.
42) Vgl. Beibl. 1902 Nr. 23; 1903 Nr. 96.

Nur wenn durch Maßnahmen des Staates besondere Privatrechte Einzelner geschädigt werden, entsteht ein Schadensersatzanspruch.

VII. Über den Fortbestand und den Inhalt der dem Wasser- wie dem Nachbarrecht angehörigen actio aquae vel pluviae arcendae siehe oben S. 446.

VIII. Wassergenossenschaften zum Zweck der Vertretung gemeinsamer Interessen auf dem Gebiete des Wasserrechts bestehen für das Deichwesen, die Schleusenangelegenheiten und die Unterhaltung gewisser Wasserläufe. Dieselben sind öffentlichrechtliche Interessentschaften (s. § 25 IV), die Mitgliedschaft an ihnen ist bedingt durch das Eigentum an den bei dem Unternehmen beteiligten Grundstücken, die aus der Mitgliedschaft entspringenden Abgaben und Leistungen ruhen als öffentliche Lasten auf den Grundstücken (§ 2 Nr. 6 A.G. z. Z.V.G.).

§ 93. Das Uferrecht.

Ufer und Bett fließender Gewässer sind steten Veränderungen unterworfen, so daß die Grenze zwischen beiden eine schwankende ist, was für das Privateigentum der Flußanlieger Bedeutung hat.

I. Besonders stark sind die Schwankungen bei denjenigen Flüssen, auf welche die Flut und Ebbe des Meeres ihre Wirkungen üben, namentlich bei der Elbe. Nach der vom Reichsgericht[1] für die Unterelbe ausgesprochenen Ansicht ist als Bett dasjenige Land angesehen, welches in ausnahmsloser Regel jeden Tag zweimal vom Wasser des Flusses bedeckt wird, mag der Zeitraum der Bedeckung für die einzelnen Geländeteile auch verschieden lang oder zum Teil nur kurz sein.

Für die übrigen Flüsse ist nach dem maßgebenden, freilich in dieser Beziehung bestrittenen gemeinen Recht der höchste Wasserstand entscheidend.[2]

II. Besondere Vorschriften gelten nach dem gemäß Art. 65 E.G. z. B.G.B. in Kraft gebliebenen Recht über Anlandungen, entstehende Inseln und verlassene Flußbetten.

1. Allmähliche Anschwemmungen — Alluvionen — fallen von selbst, ohne daß es einer Besitzergreifung bedarf, den Grundstücken zu, an welche sie sich angesetzt haben.[3] Dieselben können dadurch

1) Vgl. Entsch. des R.G. 44 S. 124.
2) Vgl. Seuff. Arch. 22 Nr. 115, 116; 24 Nr. 189; 28 Nr. 7.
3) Vgl. Dernburg III S. 287; Windscheid-Kipp I § 185 Nr. 3, § 188 Nr. 1; Amtsger.Samml. 1904 S. 153; Beibl. 1895 S. 31.

entstehen, daß im Zusammenhange mit dem Ufergrundstück ein Teil des Wasserbettes trocken gelegt wird oder daß feste Stoffe an das Ufer angeschwemmt werden. Eine Alluvion liegt aber nur vor, soweit eine allmähliche unmerkliche Anschwemmung stattfindet, welche nicht etwa durch künstliche Anlagen bewirkt wird.[4] Die dem Ufereigentümer zufallende Fläche wird Teil des Ufergrundstücks, ist insbesondere auch dessen Belastungen unterworfen.

Dieser Rechtssatz gilt für öffentliche und Privatflüsse, nicht aber für Seen und aufgestaute Gewässer. Da die Alster als ein aufgestautes Seebecken anzusehen ist, fällt die Alluvion nicht den Anliegern, sondern dem Staate zu.[5] Dagegen ist ein Recht des Staates auf die Alluvion bei Flüssen, auch bei öffentlichen Flüssen, nicht vorhanden. Auch an der Elbe fällt eine Anschwemmung den Anliegern zu.[6]

Über Anschwemmungen an das Vorland der Deiche s. § 6 Deichordn. vom 4. März 1889 und unten § 95 V 4.

2. Abgerissene, an sein Grundstück getriebene Stücke fremden Landes — Avulsionen — erwirbt der Ufernachbar dann, wenn sie mit seinem Ufer verwachsen.[7] Auch dies findet auf die Alster keine Anwendung.

3. Nach gemeinem Recht fällt die im Bette eines öffentlichen Flusses entstehende Insel den anliegenden Grundeigentümern zu, und zwar wird die Grenze ihrer Berechtigung gebildet einerseits durch eine durch die Mitte des Flusses gezogene Linie, andererseits durch Linien, welche auf diese Linie von den Grenzpunkten der einzelnen Grundstücke senkrecht gezogen werden.[8] Liegt die Insel ganz an der einen Seite des Flusses, so fällt sie nur den einseitigen Anliegern zu.

Es ist behauptet worden, daß diese Bestimmung auf öffentliche Flüsse, insbesondere die Elbe, nicht zutreffe, sondern daß der Staat kraft

4) Vgl. Beibl. 1870 Nr. 57; 1873 Nr. 148; 1878 Nr. 65.

5) Vgl. Beibl. 1902 Nr. 23 S. 32.

6) Vgl. Beibl. 1895 Nr. 7 (Seuff. Arch. 50 Nr. 6), wo dies eingehend und zutreffend vom O.L.G. begründet und ausgeführt wird, daß selbst, wenn eine insula in flumine nata in der Elbe dem Staate zufiele, dies keineswegs zur Folge haben müßte, daß der Staat auch einen Anspruch auf die Alluvion habe. Vgl. auch Iher. Jahrb. VII S. 204 ff., Beilagenheft z. Zivil. Archiv 30 S. 32.

7) Vgl. Dernburg III S. 288.

8) Vgl. Windscheid-Kipp I § 185 Nr. 1; Beibl. 1870 Nr. 57; 1878 Nr. 65. Ein Land ist nur dann als insula in flnmine nata anzusehen, wenn es eine selbständige Insel, nicht wenn es Teil einer größeren Insel oder Vorland ist (Beibl. 1881 Nr. 42; 1880 Nr. 146). Auch muß sich das Land dauernd über den normalen mittleren Wasserstand erhoben haben.

des Wasserregals die Verfügung über alles sich über diesen Flüssen erhebende Land habe und ihm gegenüber sich niemand auf den Erwerbstitel der insula in flumine nata berufen könne.[9] Dies ist nicht zutreffend. Das Wasserregal gewährt dem Staate nur das höchste Aufsichtsrecht über das Flußbett, die Ufer usw. Ein Eigentum des Staates an den öffentlichen Flüssen besteht aber auch nicht, dieselben stehen vielmehr in niemandes Eigentum. Eine partikularrechtliche Abweichung vom gemeinen Recht läßt sich für Hamburg nicht nachweisen.[10] Daher gelten die gemeinrechtlichen Grundsätze über die insula in flumine nata auch für die Elbe.

Dagegen gelten sie nicht für Seen. Eine Insel, die sich in der Alster erheben würde, würde dem Staate zufallen.

4. Verläßt ein öffentlicher Fluß sein Bett, so fällt der neu entstehende Grund und Boden den Anliegern nach Maßgabe ihrer Grundstücke von Rechts wegen und ohne daß es einer Besitzergreifung oder Eintragung im Grundbuch bedarf, bis zur Mitte zu; wenn sich eine Insel im Flusse befindet, den Eigentümern der Insel und des jenseitigen Ufers. Das gemeine Recht, welches in Kraft geblieben ist, macht keinen Unterschied dahin, ob die Veränderung auf natürlichem oder künstlichem Wege erfolgt.[11] Auch wenn ein Flußbett künstlich trocken gelegt worden ist, fällt dasselbe den Anliegern zu.

Diese Vorschrift findet nur auf öffentliche,[12] nicht auf private Flüsse Anwendung, deren Flußbett bereits im Privateigentum steht. Sie kommt auch nicht zur Anwendung auf solche öffentliche Flüsse, deren Bett im Privateigentum deshalb steht, weil es als solches im Grundbuch eingetragen ist, und auf Seen, z. B. die Alster. Ein alveus derelictus in der Alster fällt dem Staate zu.

III. Nach gemeinem Recht haben die Schiffer an den am öffentlichen schiffbaren Fluß belegenen Grundstücken das Recht des Leinpfads, d. h. des Betretens der Ufer, nicht auch das des Anlegens oder einer weitergehenden Benutzung. Diese Bestimmung ist durch Art. 65 E.G. z. B.G.B. aufrechterhalten.

---

9) Vgl. Niemeyer S. 55; Beibl. 1870 Nr. 55, 57; 1880 Nr. 146; 1881 Nr. 42.

10) Vgl. Entsch. des O.L.G. v. 9. Dez. 1893 und des R.G. in Seuff. Arch. 50 Nr. 6, erstere auch in Beibl. 1895 Nr. 7.

11) Vgl. Beibl. 1876 Nr. 49; Seuff. Arch. 35 Nr. 186. A. M. Seuff. Arch. 13 Nr. 208.

12) Vgl. § 92 II.

Das Recht des Leinpfads ist eine öffentlichrechtliche Last des Grundstücks. Die Anordnungen über die Benutzung des Leinpfads und die Errichtung von Anlagen zum Zweck der Benutzung sind von der Strombauverwaltung zu treffen.[13] Dem Staate liegt eine Entschädigung der Grundeigentümer für die Beeinträchtigung ihres Eigentums durch den Leinpfad nicht ob.

§ 94. Das Sielrecht.

Über die Aufrechterhaltung des landesrechtlichen Sielrechts findet sich ein ausdrücklicher Vorbehalt in Art. 66 E.G. z. B.G.B., trotzdem es an sich zweifelhaft sein kann, ob dieses Recht nicht schon durch den allgemeinen Vorbehalt bez. Aufrechterhaltung des Wasserrechts gedeckt ist.

I. Für die Stadt Hamburg sind die Vorschriften über die Siele im Baupolizeigesetz (§§ 93—95, 129, 130), in dem Gesetz vom 26. Januar 1906,[1] im Gesetz vom 21. Februar 1881 betr. Wasserversorgung der Elbinseln usw. sowie Entwässerung derselben,[2] und im Gesetz vom 30. Juni 1899 betr. die Beseitigung der Abwässer und Fäkalien von den nicht oder nur zum Teil an die Siele angeschlossenen Grundstücken,[3] für Cuxhaven im Gesetz vom 18. Mai 1896 betr. Herstellung einer Sielanlage[4] enthalten.

II. Siele sind die Anlagen zur Entwässerung der Straßen, Gänge, Höfe, Gebäude.

1. Man unterscheidet zwischen öffentlichen und Privatsielen.

a) Öffentliche Siele sind diejenigen, welche vom Staat hergestellt werden, vornehmlich die Straßensiele.

b) Privatsiele sind diejenigen, welche von Privaten hergestellt werden. Dazu gehören auch die Haussiele, d. h. die obligatorischen Anschlüsse an die öffentlichen Siele.

2. Öffentliche Siele sind öffentliche Sachen wie die öffentlichen Wege und Gewässer. Sie können den öffentlichen Grund oder

---

13) Vgl. Beibl. 1868 Nr. 39, 72; Seuff. Arch. 2 Nr. 260; 52 Nr. 90; Windscheid-Kipp I § 146 Anm. 14, § 169 Nr. 11.

1) Vgl. Ges.Samml. 1906 I S. 3.

2) Vgl. Wulff II S. 496.

3) Vgl. Wulff II S. 163.

4) Vgl. Ges.Samml. 1896 I S. 62. Vgl. dazu Ges. v. 13. Juli 1906 (Ges.Samml. 1906 I S. 94) betr. Ausdehnung des Sielbezirks in Cuxhaven auf den westlichen Teil der früheren Gemeinde Döse usw.

Privatgrundstücke durchschneiden. Sie stehen im Gemeingebrauch, wenn sie auch daneben dem Nutzen Einzelner dienen.[5] Es ist anzunehmen, daß die öffentlichen Siele, da sie vom Staate angelegt sind, auch im Eigentum des Staates stehen, doch kann der Staat, solange er nicht die Gesetzgebung ändert, an den Sielen keine Veränderungen vornehmen, welche den Gemeingebrauch beeinträchtigen. Die Siele in Cuxhaven sind bis Ende 1942 Eigentum des Staates und gehen dann auf die Gemeinde Cuxhaven über.[6]

Wenn nach gemeinem Recht[5] die öffentlichen Siele überhaupt dem privatrechtlichen Verkehr ganz entzogen waren, so ist dies jetzt nicht mehr anzunehmen, vielmehr können Privatrechte an den Sielen unbeschadet des Gemeingebrauchs stattfinden. Doch dürfen solche Nutzungsrechte Einzelner den Gemeingebrauch niemals beeinträchtigen.

Als öffentliche Sachen sind die Siele von der Eintragung im Grundbuch unabhängig. Die öffentliche Last des Sieles ruht auf dem Privatgrundstück, durch das es geführt wird, ohne Eintragung. Auch im Zwangsversteigerungsverfahren bedarf diese Belastung einer Anmeldung nicht.

III. Die Anlage öffentlicher Siele hat für die Eigentümer[7] der angrenzenden Grundstücke Verpflichtungen zur Folge:

1. Die Eigentümer haben ihre Grundstücke, soweit nicht auf ihnen ein Bauverbot ruht,[8] und soweit die Räume nicht unter dem Überschwemmungsniveau (§ 95 Nr. 1 Baupolizeiges.) liegen, sofort an das öffentliche Siel anzuschließen, in welches alle Abflüsse des Grundstücks einschließlich der Regenableitungen zu leiten sind[9] (§ 93 Nr. 3 Baupolizeiges.). Über die Immission vgl. auch § 92 IV 2. Die inneren Räume der Gebäude müssen gegen Rückstau aus den Sielen

5) Vgl. Entsch. des R.G. 8 S. 152.

6) Vgl. § 9 Ges. v. 18. Mai 1896 betr. Herstellung einer Sielanlage in Cuxhaven in der Fassung des Ges. v. 13. Juli 1906 (Ges.Samml. 1906 I S. 94).

7) Auf den Elbinseln (vgl. §§ 2—5 Ges. v. 21. Febr. 1881) liegen diese Verpflichtungen für den dort zum Bebauen vermieteten Staatsgrund den Mietern ob, soweit nicht ihr Kontrakt von der Fertigstellung des Siels an gerechnet nur noch 5 Jahre und darunter läuft. Als Mieter gilt derjenige, auf dessen Namen der Kontrakt lautet. Der Nachfolger des Mieters tritt in dessen Rechte und Pflichten ein, ebenso der Eigentümer, falls Staatsgrund in Privateigentum übergeht.

8) Bei unbebauten Grundstücken ist der Anschluß nur beim Vorliegen sanitätspolizeilicher Rücksichten geboten.

9) Vgl. § 2 Ges. v. 18. Mai 1896 betr. Cuxhaven. Dort ist das Regenwasser in die Gruben und Wetterungen zu leiten.

mit genügenden Abschlußvorrichtungen versehen sein (§ 94 Abs. 3 Baupolizeiges.).

Der Anschluß (Haussielarm) wird vom öffentlichen Siel bis an eine gesetzlich bestimmte Grenze für Rechnung des Eigentümers vom Staate beschafft, der weitere Teil ist abseiten des Grundeigentümers zu beschaffen[10] (§ 94 Abs. 1, 2 Baupolizeiges.). Der Anschluß ist vom Eigentümer so anzulegen, daß die Entwässerung vom Grundstück durch das öffentliche Siel erfolgen kann.[11]

2. Das Ausschütten und Ableiten von Unrat auf die Straße ist nach Anlage der öffentlichen Siele nicht gestattet (§ 93 Nr. 1 Baupolizeiges.).

3. Die Aborte der anliegenden Grundstücke müssen mit Wasserspülung eingerichtet werden (§ 93 Nr. 1 Baupolizeiges.), wobei die Behörde gewisse Ausnahmen zulassen kann.

4. Alsbald nach dem Anschluß der Grundstücke an die öffentlichen Siele sind die auf den Grundstücken befindlichen Privatsiele aller Art, abgesehen von den Haussielarmen, zu entfernen (§ 93 Nr. 4 Baupolizeiges.).

5. Auch entferntere Grundstücke können mit behördlicher Erlaubnis an öffentliche Siele durch Rohrleitungen und Rinnsteine angeschlossen werden. Der Anschluß ist nach denselben Vorschriften herzustellen, wie der Haussielarm.[12]

6. Die Eigentümer[7] haben dem Staate einen Sielbeitrag zu leisten (§ 93 Nr. 2 Baupolizeiges.).

a) Der Sielbeitrag beträgt in Hamburg für Grundstücke, vor welchen vor dem 1. Mai 1905 das Siel hergestellt ist, falls sie bebaut sind, 21 Mk. für das Meter der Grundstücksfront, falls sie nicht bebaut sind, 9 Mk. mit der Auflage, 12 Mk. im Falle der Bebauung nachzuzahlen. Wird das Siel erst nach dem 1. Mai 1905 hergestellt, so erhöht sich der Beitrag auf 60 und 25 Mk., die etwaige Nachzahlung auf 35 Mk., soweit nicht ein früherer, mit der Finanzdeputation abgeschlossener Vertrag entgegensteht. Extrasielbeiträge dürfen neben dem erhöhten Beitrag nicht erhoben werden.[13] Über die Höhe des Siel-

---

10) Vgl. §§ 6, 7 Ges. v. 18. Mai 1896 betr. Cuxhaven.

11) Vgl. Beibl. 1878 Nr. 120, 126; 1880 Nr. 65; 1884 Nr. 73.

12) Vgl. § 2 Nr. 3 Ges. v. 30. Juni 1899 betr. die Beseitigung der Abwässer.

13) Vgl. § 93 Baupolizeiges. und Ges. v. 26. Jan. 1906 (Ges.Samml. 1906 I S. 3). Über die Berechnung des Sielbeitrags bei Grundstücken, die an mehreren Straßen liegen, sind in § 93 Nr. 2 Baupolizeiges. sowie in § 5 Ges. v. 18. Mai 1896 betr. Cuxhaven eingehende Vorschriften gegeben.

beitrags in Cuxhaven vgl. §§ 4 ff. Gesetz vom 18. Mai 1896.[14] Dort ist der Sielbeitrag nur während 50 Jahren zu zahlen.

b) Der Sielbeitrag wie die vom Eigentümer zu tragenden Kosten des Anschlusses des Grundstücks an das öffentliche Siel (s. unter 1 und 6 a) können auf Wunsch des Zahlungspflichtigen durch eine Rente (Annuität) erhoben werden. Die Rente ist während 30 Jahren mit 6 % vom Kapital, bei den erhöhten Sielbeiträgen während 50 Jahren mit 5 % vom Kapital zu erheben.[15]

c) Der Sielbeitrag, die unter b erwähnten Kosten und die Rente, in welche diese Zahlungen umgewandelt werden, sind dingliche Lasten, welche auf dem Grundstück haften (§ 129 Baupolizeiges.). Sie sind auch öffentliche Lasten im Sinne des Zwangsversteigerungsgesetzes[16] und öffentliche Abgaben im Sinne von § 70 G.B.G., da sie gesetzlich festgestellt sind und im Verwaltungswege beigetrieben werden können. Trotz ihres öffentlichen Charakters können diese Lasten im Grundbuch eingetragen werden. Siehe hierüber § 101 I.

IV. Wenn auch der Staat den Privaten gegenüber im allgemeinen nicht für die Versehen seiner Beamten haftet, so haftet er bei fehlerhafter Anlage der öffentlichen Siele und einem Versehen hinsichtlich von ihm selbst vorzunehmender Sielarbeiten für allen Schaden, da er hier gleichsam die Stellung des Bauherrn vertritt.[17]

V. Das interdictum de cloacis, welches possessorischen Schutz gegen die Verhinderung in der Reinigung und Ausbesserung der Siele gewährt und daher einen Anspruch auf Anerkennung eines Rechtes selbst nicht zu begründen vermag,[18] gehört dem Sielrecht an und kann deshalb, da es bis zum 1. Januar 1900 noch bestand, nicht als durch das B.G.B. beseitigt angesehen werden.[19] Dasselbe steht demjenigen zu, der bei der Reinigung oder Ausbesserung der Siele gestört wird.

---

14) § 4 ist durch das Ges. v. 13. Juli 1906 (Ges.Samml. 1906 I S. 94) betr. Ausdehnung des Sielbezirks in Cuxhaven usw. geändert worden.

15) Vgl. § 130 Baupolizeiges., Ges. v. 26. Jan. 1906, § 2 Nr. 3 Ges. v. 30. Juni 1899, sowie § 101 III 5, wo die ähnlichen Fälle aufgeführt sind.

16) Früher war dies streitig (vgl. Niemeyer S. 58; Beibl. 1889 Nr. 196; 1887 Nr. 190). Jetzt ist es entschieden durch § 2 Nr. 5 A.G. z. Z.V.G. (s. § 101 III 5).

17) Vgl. Beibl. 1880 Nr. 65; 1884 Nr. 70; 1892 Nr. 47.

18) Vgl. Beibl. 1896 Nr. 78.

19) A. M. Windscheid-Kipp I Zusatz zu § 164.

§ 95. Das Deichrecht.

I. Nach Art. 66 E.G. z. B.G.B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche dem Deichrecht angehören, unberührt.

In Hamburg ist anläßlich des Inkrafttretens des neuen Rechts die privatrechtliche Seite des Deichrechts im A.G. z. B.G.B. (§§ 51—66) zum ersten Male gesetzlich geregelt worden. Soweit hier keine besonderen Bestimmungen getroffen worden sind, sind die früheren Gesetze, welche das Deichrecht betreffen, unberührt geblieben. Es kommen hier insbesondere in Betracht: das Gesetz vom 18. September 1885 betr. die Deichverhältnisse der Stadtmarsch,[1] die Deichordnung vom 4. März 1889 für die Landherrnschaften der Marschlande und Bergedorf,[2] die Deichordnung von 1725 für die Stadt Bergedorf und für das Amt Ritzebüttel, die Neufelder revidierte Deichordnung vom 20. April 1698, die Deichordnung für die Arenschen und Berenschen Deiche vom 6. März 1885,[3] die Döser Deichordnung vom 16. August 1897,[4] die Deichordnung vom 26. Januar 1900 für den alten Hadeler Seebandsteich;[5] außerdem gilt für den Deich auf Neuwerk und einige kleine Deichparzellen Gewohnheitsrecht.

Hier wird im wesentlichen das Deichrecht dargestellt werden, wie es in der Stadtmarsch und den Landherrnschaften der Marschlande und Bergedorf gilt.

II. Die Deichlast.

1. Die Deichlast enthält die Verpflichtung zu den für die Anlegung, Unterhaltung, Sicherung und Wiederherstellung der Deiche erforderlichen persönlichen und materiellen Leistungen (§ 20 Deichordn. von 1889). Sie zerfällt in

a) die ordentliche Deichlast, welche die regelmäßige Unterhaltung des dem einzelnen Deichinteressenten überwiesenen Teiles des Deiches umfaßt einschließlich einfacher Reparaturen und ein billiges Maß nicht übersteigender Verbesserungen[6] (§ 27 Deichordn.);

b) die außerordentliche Deichlast, welche alle aus besonderen Ereignissen oder Veranlassungen herrührenden Leistungen umfaßt,

---

1) Vgl. Wulff II S. 459. § 5 des Gesetzes ist durch Ges. v. 20. April 1894 abgeändert worden.

2) Vgl. Wulff II S. 462; auch die Angaben über die geschichtliche Entwicklung der Hamburgischen Deichgesetzgebung in der dortigen Anm. 1.

3) Vgl. Ges.Samml. 1885 II S. 159.

4) Vgl. Ges.Samml. 1897 II S. 136.

5) Vgl. Ges.Samml. 1900 II S. 141.

6) Vgl. Wulff II S. 473 Anm. 1.

z. B. die Wiederherstellung des gebrochenen Deiches, die außergewöhnliche Erhöhung und Verlegung des Deiches (§ 31 Deichordn.).

2. Die Deichlast haftet auf den in der Deichrolle als deichpflichtig[7] bezeichneten, nicht aber an sich auf allen hinter dem Deich liegenden Grundstücken (§ 22 Deichordn.). Sie geht ohne weiteres auf den neuen Erwerber des Grundstücks über[8] und ist im Zwangsversteigerungsverfahren als an erster Stelle zu berichtigende öffentliche Last, im Konkursverfahren als nach § 61 Ziff. 3 K.O. bevorrechtigte Forderung zu behandeln.[9] Sie ist eine öffentlichrechtliche Reallast, da sie auf dem Grundstück ruht, zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet und dem Staate gegenüber zu leisten ist.[10]

Das deichpflichtige Grundstück darf ohne Genehmigung der Deichbehörde nicht geteilt werden (s. § 73 V).

3. Die ordentliche Deichlast ist in den verschiedenen Gebieten verschieden verteilt.

a) Im Gebiet der Landherrnschaften der Marschlande und Bergedorf gilt von altersher das Prinzip der Pfanddeichung, das „kein Deich ohne Land und kein Land ohne Deich". Danach ist der Deich in bestimmte Strecken (Pflagen, Pfänder, Lose) eingeteilt, welche die einzelnen Deichpflichtigen in Person zu unterhalten haben.[11] In welchem Maße die einzelnen Deichlose zu unterhalten sind, bestimmt die Deichrolle, welche lediglich diese Aufgabe hat, nicht aber dazu eingerichtet ist, privatrechtliche Verhältnisse festzustellen (§ 25 Deichordn.). In der Regel ist deichpflichtig der Eigentümer des deichpflichtigen Grundstücks, bewohnt derselbe das Grundstück aber nicht selbst, so hat er den Bewohner (Pächter, Mieter) zu bevollmächtigen oder einen anderen Bevollmächtigten zu bestellen (§ 26 Deichordn.).

---

7) Öffentliche Wege sind von der Deichlast frei (§ 24 Deichordn.).

8) Abgesehen vom Falle teilweiser Enteignung. Bei Enteignung des ganzen Grundstücks gehen die Deichlasten mit über. Vgl. § 7 des Expropriationsges. v. 5. Mai 1886, welcher von der Deichordnung nicht berührt ist. Daß insbesondere die Bürgerschaft beide Bestimmungen nebeneinander hat gelten lassen wollen, ergibt sich daraus, daß sie die Bestimmung des § 23 der Deichordnung und des § 7 des Expropriationsges. ungefähr zu gleicher Zeit beschlossen hat. Der Entwurf der im Jahre 1889 zustande gekommenen Deichordnung hat der Bürgerschaft nämlich schon seit 1881 vorgelegen. Vgl. oben S. 459 sowie Wulff II S. 471 Anm. 8 und S. 505 Anm. 5.

9) Vgl. § 2 Nr. 1 A.G. z. Z.V.G. v. 14. Juli 1899 (Wulff III S. 395). § 61 Deichordn. ist jetzt durch § 61 Ziff. 3 K.O. ersetzt.

10) Vgl. Wulff II S. 470 Anm. 3.

11) § 21 Deichordn., der dies Prinzip ausspricht, bezeichnet dasselbe als Partialdeichwirtschaft.

Eine Befreiung von der Deichlast durch Verträge oder Verjährung ist nicht zulässig (§ 22 Deichordn.). Insbesondere ist eine kontraktliche Übertragung der Unterhaltspflicht bez. der Deichstrecke auf Dritte, die sog. Deichunterhalter, dem Deichverband gegenüber ohne rechtliche Wirkung, doch bindet sie die Kontrahenten privatrechtlich.[12]

b) Im Gegensatz zur Pfanddeichung steht die Kommuniondeichung, bei welcher der Deichverband die gesamten mit der Unterhaltung, Sicherung usw. der Deiche verknüpften Lasten übernimmt und die Deichpflichtigen einen Geldbeitrag zu der gemeinschaftlichen Kasse zu leisten und in Notfällen an dem gemeinsamen Deichschutz teilzunehmen haben. Die Kommuniondeichung besteht

α) im Gebiet der Landherrnschaften der Marschlande und Bergedorf, falls Differenzen darüber bestehen, welches Grundstück hinsichtlich einer bestimmten mehr als 2 m langen Deichstrecke deichpflichtig ist (§ 29 Deichordn.).

β) im Gebiet der Stadtmarsch.

Durch das Gesetz vom 18. September 1885 betr. die Deichverhältnisse der Stadtmarsch (§§ 1, 2), in seinen hauptsächlichen Bestimmungen in Kraft getreten am 1. Januar 1891,[13] hat der Staat die Pflichten der dortigen Deichverbände selbst übernommen, darunter auch die außerordentliche Deichlast, sowie die Verpflichtungen, welche den Deichhaltern oblagen, die ihre Deichstrecken an Andere, Deichnutzer, Deichmieter, zur Benutzung übergeben hatten. In diese Verträge ist der Staat eingetreten.

Als Entgelt ist dem Staate eine Deichsteuer zu bezahlen, welche eine Deichlast im eigentlichen Sinne[14] und eine öffentliche Last im Sinne des Z.V.G. ist.[15] Sie beträgt $^1/_2$ pro Mille der Grundsteuertaxen und wird für die Dauer von 30 Jahren erhoben

aa) von den im Hammerbrook und Billwärder Ausschlage belegenen, durch die staatlichen Deichbauten geschützten Grundstücken von einer im Gesetz (§ 4) bestimmten Höhenlage;

bb) von den im nördlich des Bahndammes der Hamburg-Bergedorfer Eisenbahn belegenen Teil der Landschaft Billwärder befindlichen

12) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1881 S. 454.
13) Zufolge Ver. des Sen. v. 12. Dez. 1890.
14) Vgl. Beibl. 1896 Nr. 108.
15) Vgl. § 2 A.G. z. Z.V.G.

Grundstücken und Baulichkeiten, welche Wohn- und gewerblichen Zwecken dienen, sofern die Grundstücke nicht deichpflichtig am Billwärder Elbdeich sind (§ 5 des Gesetzes).

γ) im Gebiete des Amtes Ritzebüttel. Dort herrscht durchweg die Kommuniondeichung.[16] Die Deichpflichtigen haben eine Deichumlage zu entrichten, welche nach der Beschaffenheit ihrer Grundstücke verschieden ist. Die Arbeiten an den Deichen werden vom Deichverband auf Rechnung der Deichkasse ausgeführt. Nur bei Gefahr im Verzuge hat jeder Einwohner des Deichverbandes zur Wiederherstellung des Deiches Hand- und Spanndienste zu leisten, aber nur gegen angemessene Entschädigung.

4. Die außerordentliche Deichlast wird von sämtlichen Grundeigentümern der innerhalb eines Deichverbandes belegenen Grundstücke nach Verhältnis der Größe ihrer Grundstücke getragen, auch wenn sie an sich nicht deichpflichtig sind. Soweit es sich um Geldleistungen handelt, wird sie aus den von den Grundeigentümern nach Verhältnis der Grundsteuer zu entrichtenden Beiträgen bestritten (§ 31 Deichordn.).

Die Grundeigentümer sind bei Ausführung der zur außerordentlichen Deichlast gehörigen Arbeiten zu Hand- und Spanndiensten verpflichtet[17] (§ 32 Deichordn.).

III. Bei drohender Deichgefahr oder nach einem stattgehabten Deichbruch ist Nothilfe zu leisten (§ 38 Deichordn.).

1. Die Nothilfe ist den zunächst zur Deichhaltung verpflichteten Interessenten von allen nicht durch andere als Wassersgefahr bedrohten Bewohnern des in erster Linie bedrohten Deichverbandes, falls dies nicht genügt, von den Bewohnern aller Gemeinden des durch die Deichgefahr bedrohten Landes zu leisten.

2. Die Nothilfe wird geleistet durch Hand- und Spanndienste, Hergabe von Land, Deicherde und Materialien, Wegräumung von Gebäuden usw.

3. Die Nothilfe dauert so lange, bis die Gefahr gehoben ist (§ 40 Deichordn.).

4. Wird die Leistung der Nothilfe unberechtigt verweigert, so können, abgesehen von der den Säumigen treffenden Strafe, die Arbeiten

16) In Art. 3 der Döser Deichordnung (Ges.Samml. 1900 II S. 137) und § 3 der Deichordnung für den Alten Hadeler Seebandsteich (ebenda S. 142) wird dies Prinzip als Kommunialdeichwirtschaft bezeichnet.

17) Von den Handlungen sind für ihre Person befreit: die Prediger, die Lehrer an öffentlichen Schulen, die Ärzte und Apotheker, die Altenteiler und alle Arbeitsunfähigen, die sich nicht vertreten lassen können.

auf seine Kosten vom Deichverbande ausgeführt und die Kosten von ihm beigetrieben werden (§ 42 Deichordn.).

5. Für die Nothilfe wird Entschädigung vom Deichverbande geleistet, abgesehen von den geleisteten Spann- und Handdiensten (§ 41 Deichordn.). Ist die Beschädigung oder der Bruch des Deiches durch ein Verschulden [18] herbeigeführt worden, so hat derjenige, den das Verschulden trifft, für sämtlichen entstandenen Schaden und alle Kosten aufzukommen, auch die geleisteten Spann- und Handdienste zu vergüten (§ 43 Deichordn.).

Der Anspruch auf Schadensersatz steht jedem Geschädigten, insbesondere demjenigen, der die Nothilfe hat leisten müssen, direkt gegen den zum Schadensersatz Verpflichteten zu. Soweit der Deichverband Entschädigung geleistet hat, kann er auch dafür Ersatz verlangen, doch kann der Deichverband ohne besondere Abtretung die Rechte der Privaten nach dieser Beziehung nicht wahrnehmen.

IV. Sämtliche deichpflichtigen Grundeigentümer, die Deichinteressenten, bilden den Deichverband (§ 7 Deichordn.).

1. Der Deichverband, die frühere Deichinteressentschaft, Deichgenossenschaft, ist eine öffentlichrechtliche Korporation, welcher alle diejenigen Leistungen obliegen, die von den Deichgenossen gemeinsam zu tragen sind.

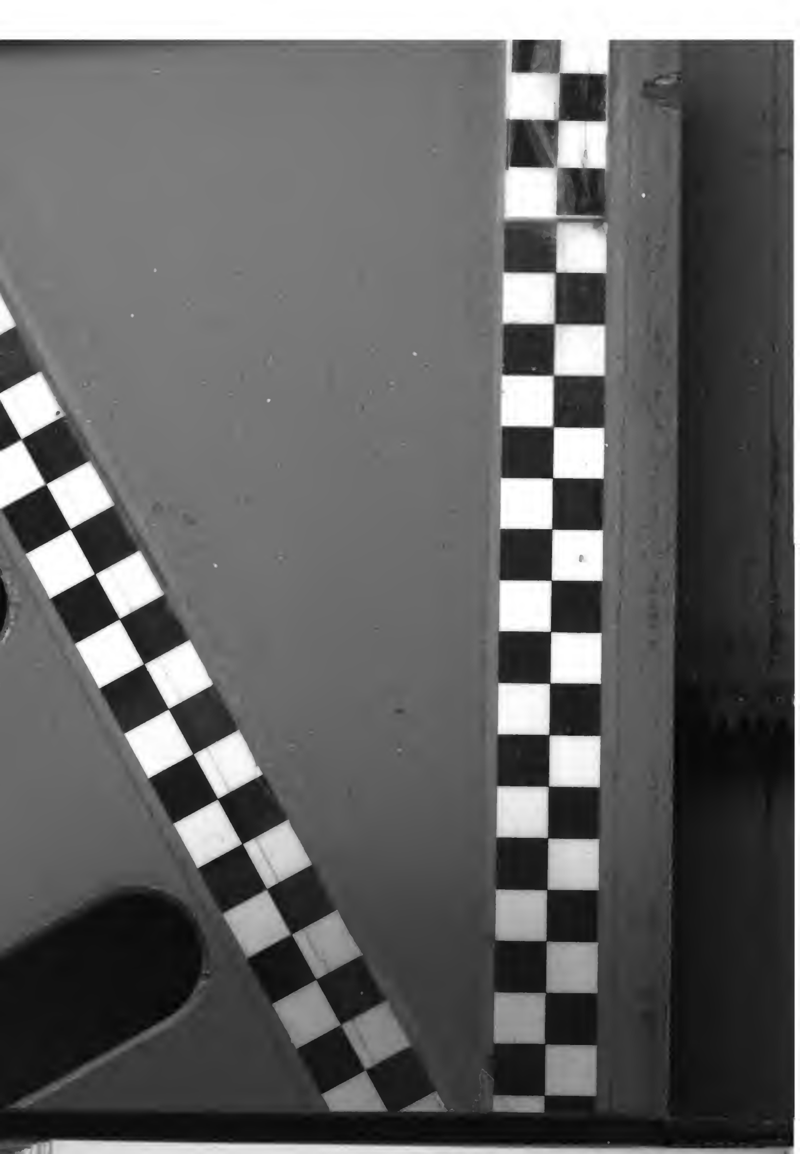
2. Der Deichverband hat einen Deichvorstand, welcher aus einem von der Deichbehörde, d. i. der Landherrnschaft, zu ernennenden Deichvogt und mehreren von den Hufnern zu wählenden Deichgeschworenen (§§ 11 ff. Deichordn.) besteht.

3. Dem Deichvorstande liegt es ob, unter der Oberaufsicht der Deichbehörde das gesamte Deichwesen in dem ihm zugewiesenen Deichbezirke zu beaufsichtigen, die Befolgung der deichbehördlichen Verfügungen und Befehle zu kontrollieren und das Vermögen des Deichverbandes und die Deichkasse zu verwalten. Grundeigentum darf er nur mit Genehmigung der Deichbehörde veräußern (§§ 17, 18 Deichordn.).

V. Der Deich und das Deicheigentum.

Der Deich ist eine vom Deichverbande unter Oberaufsicht des Staates zu unterhaltende öffentliche Sicherheitsanstalt

18) Das Gesetz spricht von „Saumseligkeit oder sonstigem Verschulden". Darunter ist jede Fahrlässigkeit zu verstehen wie in § 823 B.G.B.



(§ 2 Deichordn.). Von den Privaten errichtete Schutzwälle gegen den Andrang des Wassers sind vielleicht Privatdeiche, aber keine Deiche im Sinne des Deichrechts. Auch auf die Sommerdeiche finden die Vorschriften des Deichrechts keine Anwendung.[19]

Die Bestimmungen, welche den Deich betreffen, beziehen sich auch auf das Zubehör der Deiche, d. s. die Außen- und Binnenberme,[20] den Deichfuß, den Weg auf dem Deiche, die Stegel,[21] Bollwerke,[22] Grundbetten,[23] Senklagen [23] und alle sonstigen zum Schutze des Deiches angelegten Werke. Nicht zum Deich gehörig ist das Außendeichland, das Vorland, und das Binnenland vom Deichfuß an.

Der Deich ist eine öffentliche Sache, an welcher niemand ein Eigentum im Sinne des B.G.B. zusteht (§ 51 A.G. z. B.G.B.) und an welcher Rechte nur insoweit erworben werden können, als hier ausgeführt wird (§ 58 A.G.). Dagegen besteht an den Deichen, abgesehen von den Ritzebütteler Deichen, ein besonderes Deicheigentum, ein Eigentum beschränkten Inhalts, wie sich das A.G. z. B.G.B. (§ 51) ausdrückt.

1. Das besondere Deicheigentum ist durch das A.G. z. B.G.B. geschaffen worden. Früher bestanden ausdrückliche privatrechtliche Bestimmungen über das Deichrecht in Hamburg fast gar nicht. Daher war diese Seite des Deichrechts sehr streitig. Anerkannt war, daß ein Privateigentum am Deiche nicht möglich war; das dem Deichhalter zustehende vererbliche und veräußerliche Nutzungsrecht am Deiche wurde als dominium utile konstruiert. Dasselbe konnte in das Grundbuch eingetragen und hypothekarisch belastet werden.[24]

Die Zulässigkeit der Schaffung eines besonderen dinglichen Rechts, welches von den dinglichen Rechten des B.G.B. abweicht, ist nicht

---

19) Vgl. §§ 1 Deichordn. v. 4. März 1889, 62 A.G. z. B.G.B. Soweit bez. dieser Deiche gewohnheitsrechtliche Normen bestehen, sind sie neben der Deichordnung und dem A.G. z. B.G.B. in Kraft geblieben. Sommerdeiche sind diejenigen Deiche, welche das Land und seine Früchte vor den im Sommer vorkommenden Hochwassern schützen sollen, während sie bei den höchsten Wasserständen überflutet werden.

20) Unter „Berme" (wahrscheinlich von Bräme=Rand) versteht man bei Deichbauten den Weg zwischen dem Damm und dem Ufer.

21) Unter „Stegel" versteht man die Auffahrt zum Deich.

22) „Bollwerke" sind die Holzvorsetzen, die Vorwerke oder Vormauern des Deiches.

23) „Grundbett" = „Sinkstück" ist dasselbe wie die „Senklage", d. h. mit Steinen beschwertes Buschflechtwerk, welches in den Strom gesenkt wird, um durch Regulierung der Strömung den Deich zu schützen.

24) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 46.

zu beanstanden, da die ganze Materie des Deichrechts dem Landesrecht vorbehalten ist und daher auch die allgemeinen Begriffe für diese Materie abweichend vom B.G.B. konstruiert werden können.[25]

2. Das Deicheigentum stand am 1. Januar 1900 dem Eigentümer des deichpflichtigen Grundstücks hinsichtlich der ihm zur Unterhaltung überwiesenen Deichstrecke zu. Soweit der Eigentümer das Recht zur Benutzung des Deiches ohne zeitliche Beschränkung auf einen Andern, den Deichnutzer, übertragen hat, steht es diesem zu[26] (§ 52 A.G. z. B.G.B.). Eine Loslösung des Deicheigentums von dem Eigentum am deichpflichtigen Grundstück ist rechtlich zulässig, doch wird die Deichlast durch eine solche private Übertragung nicht berührt. Das Grundstück des Deicheigentümers kann zugunsten des jeweiligen Eigentümers derartig belastet werden, daß demselben für alle Leistungen, die er gemäß der Deichpflicht zu machen hat, aus dem belasteten Grundstück Ersatz zu leisten ist (§ 60 A.G. z. B.G.B.).

3. Auf das Deicheigentum finden grundsätzlich die für das Eigentum des B.G.B. geltenden Vorschriften Anwendung, soweit nicht das A.G. z. B.G.B. etwas anderes bestimmt (§ 54 A.G. z. B.G.B.). Dies bezieht sich auf den Erwerb, die Übertragung und den Verlust des Deicheigentums, auf die Klagen aus dem Deicheigentum, auf die Eigentumsbeschränkungen und die Belastungen des Deicheigentums. Während nach früherem Recht der Deichhalter eine der rei vindicatio analoge Klage hatte,[27] steht ihm jetzt die Eigentumsklage selbst zu. Auch die Besitzklagen kann der Deicheigentümer auf Grund seines Besitzes, der sich als Eigenbesitz charakterisiert, geltend machen.

Im einzelnen kommen für das Deicheigentum in Betracht:

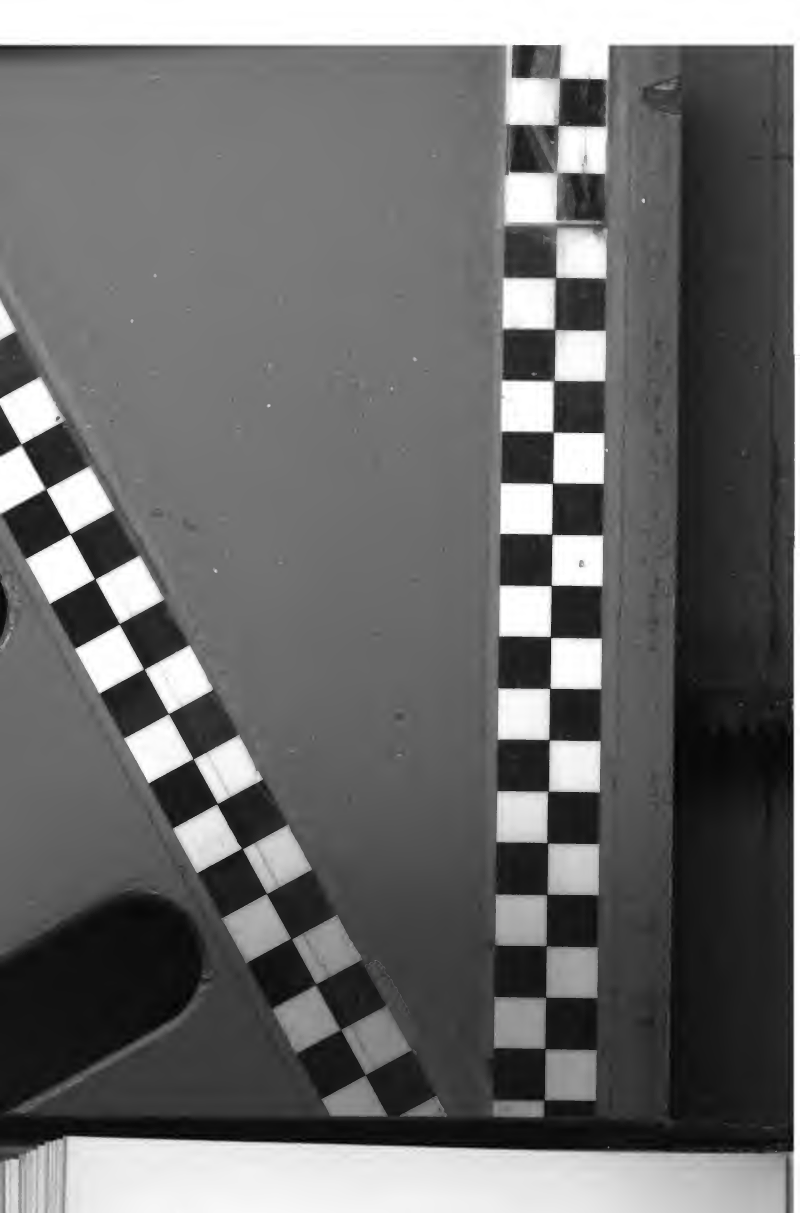
a) Eintragung im Grundbuche.

α) Deiche und Deichstrecken erhalten nur auf Antrag ein Grundbuchblatt (§§ 90 G.B.O., 18 A.G. z. G.B.O.). Nur wenn ein auf Deichgrund errichtetes Gebäude bereits im Grundbuch eingetragen war, ist das Grundbuch von Amts wegen dahin berichtigt worden, daß die Deichstrecke das Grundbuchblatt erhalten hat, während

25) Vgl. Habicht, Einwirkung des B.G.B. § 39 I.

26) Vgl. Wulff III S. 32 Anm. 3 und 7; Amtsger.-Samml. 1900 S. 86. Durch diese Bestimmung ist der bloße Deichmieter ausgeschlossen worden.

27) Vgl. Beibl. 1885 Nr. 13.



früher das Haus als solches im Grundbuch eingetragen war.[28] Als Deicheigentümer ist der eingetragene Eigentümer des Gebäudes eingetragen worden (§ 53 A.G. z. B.G.B.). Durch diese Berichtigung des Grundbuchs sind die Hypotheken und sonstigen Belastungen nicht berührt worden.

β) Die Eintragung einer Deichstrecke im Grundbuch erfolgt nach denselben Vorschriften wie diejenige eines bislang nicht eingetragenen Grundstücks. S. S. 388.

γ) Da die Vorschriften bez. des Eigentums grundsätzlich auch auf das Deicheigentum Anwendung finden, so muß vor der Übereignung bislang nicht eingetragener Deichstrecken deren Eintragung und sodann die Auflassung erfolgen (§ 29 A.G. z. B.G.B.).

Eine Ausnahme hiervon besteht in dem Falle, daß das Deicheigentum dem Eigentümer des betreffenden deichpflichtigen Grundstücks zusteht. Dann gilt das Deicheigentum als Bestandteil des deichpflichtigen Grundstücks und teilt auch ohne Eintragung dessen rechtliche Schicksale (§ 59 A.G. z. B.G.B.). Auch in diesem Falle kann das Deicheigentum von dem deichpflichtigen Grundstücke losgelöst und auf einem besonderen Blatte im Grundbuch eingetragen werden. Alsdann kommen die für die Teilung von Grundstücken gegebenen Vorschriften zur Anwendung.[29]

b) Während der Eigentümer mit seiner Sache nach Belieben verfahren darf, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, darf der Deicheigentümer umgekehrt die Deichstrecke nur in beschränkter Weise nach Maßgabe der bestehenden Gesetze oder des bestehenden Herkommens, und soweit nicht die Deichobrigkeit (Deichbehörde, Deichvorstand, Deichvogt) auf den Deich einwirkt, benutzen (§§ 55, 56, 61 A.G. z. B.G.B.). Im Interesse der Sicherheit des Deiches kann die Deichbehörde jede Benutzungsart untersagen (§ 44 Deichordn.).

α) Unbedingt gestattet ist dem Deicheigentümer nur die Grasnutzung an den Deichdossierungen, sowie die Anpflanzung von Bäumen und Gesträuchen an den Deichen der Gose- und Dove-Elbe (§§ 46 Abs. 3, 47 Abs. 2 Deichordn.).

Die Benutzung der Deiche zu öffentlichen Wegen ist jedermann gestattet (§ 45 Deichordn.).

28) Vgl. § 8 Ges. v. 4. Dez. 1868.
29) Vgl. Wulff III S. 34 Anm. 9; Melchior Ausführungsges. S. 48.

β) Mit Genehmigung der Deichbehörde nach Anhörung des Deichvorstandes können gestattet werden:

aa) Acker- und Gartenbau ausnahmsweise bei geschützt gelegenen Deichen, sowie am Fuße des Deiches bis auf wenigstens 1 m vom Deiche ab (§ 46 Abs. 1, 2 Deichordn.);

bb) Anpflanzungen von Weidenbusch und Weidenbäumen auf dem Vorlande (§ 47 Abs. 3 Deichordn.);

cc) die Anbringung von Zäunen und Befriedigungen längs der Deiche und am Fuße derselben (§ 48 Deichordn.);

dd) die Errichtung oder Erneuerung von Gebäuden an den Deichen (§ 49 Deichordn.);

ee) die Anlage von Gräben, welche überhaupt nur in einer Entfernung von mindestens 4 m vom Deichfuße gestattet werden darf (§ 51 Deichordn.);

ff) das Weiden von Vieh auf den Deichen, abgesehen von Schweinen und Gänsen, sowie von den Elbdeichen und den frisch besodeten und den Deichen aus loser, sandiger Erde (§ 52 Deichordn.).

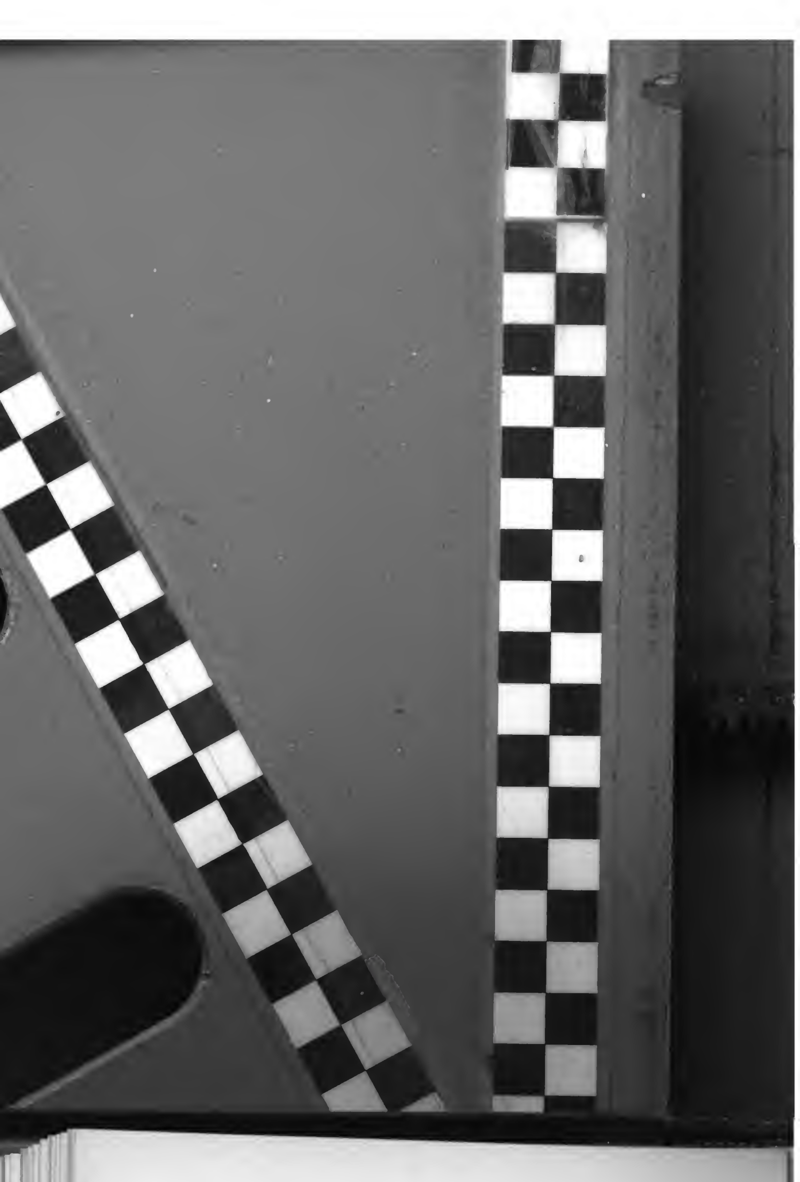
γ) Unbedingt verboten sind die Errichtung oder Erneuerung von Gebäuden auf der Deichkappe (§ 49 Deichordn.), neue Anpflanzungen von Bäumen und Gesträuchen auf und an der Außenbossierung der Deiche an der Großen Elbe (§ 47 Abs. 1 Deichordn.), die Anbringung von Kellern, Brunnen, Düngergruben, sowie sonstiger Vertiefungen an oder in den Deichen sowie in einer geringeren Entfernung von denselben als 4 m (§ 50 Deichordn.), sowie das Weiden von Vieh in dem aus β ff sich ergebenden Umfange.

δ) Besondere Bestimmungen bestehen über die Entnahme von Deicherde.

aa) Zu anderen Zwecken als zur Erhaltung oder Verbesserung der Deiche darf dem Deichverbande gehörige Deicherde nicht entnommen werden (§ 54 Deichordn.).

bb) Soweit Deicherde entnommen wird, muß sie zunächst dem Vorlande und dann dem Binnenlande entnommen werden, doch nur in einer Entfernung von 15 m nach außen und 24 m nach innen vom Fuße des Deiches ab (§§ 53, 59 Deichordn.).

cc) In gewissen Fällen kann jemand gezwungen werden, Deicherde



von seiner Deichstrecke herzugeben, doch hat er dann Anspruch auf Entschädigung (§ 55 Deichordn.).[30]

c) Die Einlage und Auslage des Deiches.

Wird ein neuer Deich innerhalb des alten Deiches angelegt, so entsteht eine Einlage, wird er außerhalb des alten Deiches angelegt, so entsteht eine Auslage des Deiches (§§ 34, 35 Deichordn.).

α) Der bisherige Eigentümer des Grund und Bodens, auf welchem der neue Deich errichtet wird, erhält vollen Ersatz des Wertes. Bei der Einlage wird dem Eigentümer auch für das Land, welches er im Besitz behält, die durch die Ausdeichung entstehende Wertverminderung ersetzt. Umgekehrt hat der Eigentümer bei der Auslage den Mehrwert, welchen sein Grund und Boden durch die Eindeichung erlangt, dem Deichverbande zu ersetzen, falls er dies Land behalten will; will er das Land hingegen dem Deichverbande abtreten, so erhält er den Wert des Landes als Außenland ersetzt.

Nach Vollendung des neuen Deiches wird die Deichrolle neu aufgestellt und das Deicheigentum neu verteilt. Es braucht der frühere Eigentümer des Grund und Bodens mit dem neuen Deicheigentümer nicht identisch zu sein. Soweit für die dinglichen Belastungen den Berechtigten eine Entschädigung nicht bezahlt ist, bleiben dieselben bestehen.

β) Der alte Deich nebst dem Grund und Boden, auf dem er ruht, fällt dem Deichverbande als Eigentum im Sinne des B.G.B. zu, das Deicheigentum erlischt. Eine Entschädigung erhält der Deicheigentümer nicht. Nur für Gebäude, welche er mit Erlaubnis der Deichbehörde auf dem Deiche errichtet hat, wird er nach Maßgabe des Enteignungsgesetzes entschädigt, soweit er nicht durch Übertragung des Eigentums an der bisherigen Deichstrecke voll entschädigt wird (§ 57 A.G. z. B.G.B.). Die auf dem Deicheigentum ruhenden dinglichen Lasten bleiben bestehen.[31]

Der Deichverband kann den alten Deich nebst Grund und Boden an den Eigentümer des angrenzenden ausgedeichten Landes (bei der

---

30) Dies ist der Fall, wenn zu notwendig vorzunehmenden Deicharbeiten das erforderliche Material (Erde oder Soden) an den sonst dazu vorhandenen Stellen nicht vorhanden oder das dort vorhandene nicht zugänglich oder nicht verwendbar ist. Nach der Ausgrabung fällt das Loch, von dem abgegraben ist, das sog. Püttloch, dem Grundeigentümer wieder zur freien Verfügung zu; Eigentum erwirbt der zur Wegnahme der Deicherde Berechtigte nur an dem weggenommenen Quantum Erde. Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1881 S. 468; Wulff II S. 482 Anm. 2.

31) Vgl. Wulff III S. 33 Anm. 12. A. M. Melchior, Ausführungsges. S. 46.

Einlage) oder an den bisherigen Eigentümer des neu eingedeichten Landes (bei der Auslage) auf dessen Verlangen abtreten; soweit der Grund und Boden des Deiches selbst in Betracht kommt, hat der Eigentümer in beiden Fällen einen Anspruch auf dessen Abtretung. Der Eigentümer erhält in diesem Falle die bisherigen Deichstrecken zu freiem Eigentum, doch hat er den Wert dem Deichverbande zu ersetzen. Der neue Eigentümer braucht nicht mit dem bisherigen Deicheigentümer identisch zu sein.

Der Deichverband kann bei der Einlage Abtretung des gesamten ausgedeichten Landes gegen Ersatz des vollen Wertes beanspruchen. Dies Land erhält er dann als Eigentum im Sinne des B.G.B.

4. Vorland und Anschwemmungen.

a) Das Vorland gehört nicht zum Deiche und steht im freien Eigentum. Seine Benutzung steht unter der Aufsicht der Deichbehörde. Unterhält der Eigentümer das Vorland nicht genügend, so kann der Deichverband dasselbe ohne Entschädigung an sich ziehen (§ 6 Abs. 2 Deichordn.).

b) Anschwemmungen fallen (§ 6 Abs. 1 Deichordn.),

α) wenn vor dem Deiche Vorland vorhanden ist, dem Eigentümer des Vorlandes,

β) wenn Vorland nicht vorhanden ist, dem Deicheigentümer, an dessen Deichstrecke sie sich ansetzen,

γ) wenn sie durch Arbeiten des Staates oder eines öffentlichen Verbandes, namentlich des Deichverbandes, entstanden sind, dem Staate oder dem Verbande zu.

5. Besondere Vorschriften trifft das A.G. z. B.G.B. für die Deiche im Gebiete der Landherrnschaft Ritzebüttel, da dort Kommuniondeichung besteht und die Deiche nicht streckenweise unter die Deichhalter aufgeteilt sind, demnach ein Deicheigentum dort nicht begründet werden kann (§§ 63, 64 A.G. z. B.G.B.).

a) Die Nutzungsrechte Privater an den Deichen sind von der Eintragung im Grundbuche unabhängig, solange die belasteten Deichstrecken nicht im Grundbuche eingetragen sind (§ 65 A.G. z. B.G.B.).

α) Die Übertragung und Belastung des Nutzungsrechts erfolgt durch formlosen Vertrag der Parteien.

β) Die Aufhebung des Nutzungsrechts erfolgt durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Amtsverwalter.

γ) Die Aufhebung der Belastung des Nutzungs-

rechts erfolgt durch mündliche oder schriftliche Erklärung des Berechtigten gegenüber dem Inhaber des Nutzungsrechts.

d) Wird das Nutzungsrecht getrennt von dem Grundstück, mit dem es verbunden ist, übertragen, so wird es von der Haftung für die Lasten des Grundstücks frei (§ 66 A.G. z. B.G.B.).

b) Eine Eintragung der Deichstrecken im Grundbuche kann auf Antrag der Nutzungsberechtigten erfolgen. Nach Eintragung der Deichstrecke kann auch das Nutzungsrecht eingetragen werden.

VI. In gewissen Fällen sind nach Deichrecht Entschädigungen zu leisten (§ 60 Deichordn.).

1. Voraussetzung für die Entschädigungspflicht ist die Zwangsenteignung zur Sicherung der Deiche oder zur Abwendung drohender Gefahr oder einer der auf S. 533 unter 5 und auf S. 538 oben und unter α und β erwähnten Fälle.[32]

2. Das Verfahren beginnt mit der Ernennung von zwei Sachverständigen durch die Parteien. Die Sachverständigen ernennen einen Obmann. Können sich beide Sachverständigen nicht einigen, so hat der Obmann allein innerhalb der von den Sachverständigen angegebenen Taxen die Höhe der Entschädigung zu bestimmen, welche die Deichbehörde festsetzt.

3. Gegen diese Festsetzung der Entschädigung steht den Parteien der ordentliche Rechtsweg offen.

4. Nur im Falle der Entschädigung des Deicheigentümers für ein auf dem Deiche errichtetes Gebäude bei der Ein- oder Auslage des Deiches (S. 538) tritt das Entschädigungsverfahren nach dem Expropriationsgesetz ein (§ 57 Abs. 2 A.G. z. B.G.B.).

VII. Gegen Verfügungen der Deichbehörde steht dem Verletzten nur die Beschwerde an den Senat, nicht aber der ordentliche Rechtsweg offen. Die Deichbehörde kann wegen der durch solche Verfügung erfolgenden Verletzung von Privatrechten nicht im Rechtswege belangt werden (§ 9 Deichordn.).[33]

---

32) Es sind dies die Fälle §§ 34 Ziff. 2, 4, 5; 35 Ziff. 1, 2, 4; 39 unter a; 41 und 55 der Deichordn.

33) Dies ergibt sich klar aus der Entstehung des Gesetzes. Die Bürgerschaft hat ausdrücklich die Worte: „unter Ausschluß des Rechtsweges" in die Deichordnung eingefügt. S. auch Wulff II S. 467 Anm. 2. A. M. Niemeyer S. 80.

§ 96. Das Recht der Wasserversorgung.

I. Zu den Vorschriften über das Wasserrecht, bez. deren die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung aufrechterhalten geblieben ist, gehören auch diejenigen über die Wasserversorgung und die Wasserleitungen. Hier kommen in Betracht: das als Gesetz erlassene Regulativ vom 13. Juli 1906 [1] für die Wasserversorgung Hamburgs durch die Stadtwasserkunst, welches an die Stelle des Regulativs vom 14. Juli 1899 [2] getreten ist, das Gesetz vom 21. Februar 1881 betr. die Wasserversorgung der Elbinseln Steinwärder, Kleiner Grasbrook und Veddel sowie Entwässerung derselben [3] und das Gesetz vom 18. Mai 1896 betr. die Herstellung einer Wasserleitung für die Gemeinden Cuxhaven und Döse.[4]

II. Rechtsverhältnis zwischen dem wasserliefernden Unternehmer und dem Privaten.

1. Beteiligte an dem Rechtsverhältnis.

a) In Hamburg [5] übernimmt der Staat die Wasserversorgung solcher Grundstücke, die innerhalb des Bereiches der Leitungen der Hamburgischen Stadtwasserkunst liegen. Der Staat ist hierzu verpflichtet, falls ein Berechtigter den erforderlichen Antrag stellt. Für den Privaten besteht eine Verpflichtung zur Inanspruchnahme der staatlichen Wasserversorgung dagegen nicht (§ 1 Regul.).

Antragsberechtigt sind:

α) die Grundeigentümer;

β) die Eigentümer von Gebäuden, welche in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück mit diesem verbunden sind;

γ) in den Stadtteilen Steinwärder, Kleiner Grasbrook und Veddel hinsichtlich des daselbst zum Bebauen vermieteten Staatsgrundes die Mieter des letzteren (§§ 1, 4, 5 Ges. vom 21. Februar 1881);

δ) diejenigen, welche als Vormünder, Ehemänner, Pfleger, Testamentsvollstrecker usw. Grundstücke verwalten.

b) In Cuxhaven sind die Eigentümer an Straßen belegener bebauter Grundstücke verpflichtet, letztere an die Wasserleitung anzu-

1) Vgl. Ges.Samml. 1906 I S. 98. Bez. Bergedorfs vgl. die Wasserwerksordn. v. 15. März 1907 (Amtsbl. 1907 S. 285).
2) Vgl. Wulff II S. 486.
3) Vgl. Wulff II S. 496.
4) Vgl. Ges.Samml. 1896 I S. 59.
5) Ebenso ist das Rechtsverhältnis in Bergedorf; vgl. § 1 Wasserwerksordn. v. 15. März 1907.

schließen, die von einem privaten Unternehmer betrieben wird (§ 2 Ges. vom 18. Mai 1896).

2. *Rechtsbeziehungen* bestehen nur zwischen *dem Wasserlieferer und den Antragstellern*, abgesehen von 1 a γ also nicht mit den Mietern der Grundstücke.[6] Die Antragsteller sind verpflichtet, den Vorschriften des Regulativs nachzukommen. In gewissen Fällen können jedoch die Rechnungen über die Wasserbeiträge auf Antrag des Eigentümers und unter seiner Haftung den Betriebsinhabern selbst zugestellt werden (§ 4 Abs. 3 Regul.). Hierdurch wird das Rechtsverhältnis selbst nicht beeinflußt.

3. Früher wurde das Rechtsverhältnis vielfach als ein *Privatvertrag* angesehen und behandelt.[7] Bei der Neufassung des Regulativs im Jahre 1899 hat man den in den früheren Regulativen enthaltenen Ausdruck „Vertrag" beseitigt, weil das Rechtsverhältnis über dasjenige eines einfachen obligatorischen Verhältnisses hinausgeht. Das *Rechtsverhältnis* hat *dingliche* Natur und ist als reallastähnlich anzusehen.[8] Rechte und Pflichten gehen auf jeden Erwerber des Grundstücks ohne weiteres über (§ 9 Regul., § 8 Ges. vom 18. Mai 1896). Auch die Rückstände gehen auf den neuen Eigentümer über.[9] Das Verhältnis hat auch *öffentlichrechtlichen* Charakter. Die Leistungen des Grundeigentümers haben die Eigenschaft öffentlicher Lasten und Abgaben und werden im Verwaltungswege beigetrieben (s. unter IV 2). Da mithin dies Rechtsverhältnis als *ein im Vertragswege zustande gekommenes reallastähnliches öffentlichrechtliches* Verhältnis anzusehen ist, ist es im Grundbuche nicht eintragungsfähig. Auch früher war es nicht buchungsfähig.

4. In der Stadt Hamburg ist der *Staat nicht verpflichtet, Schadensersatz zu leisten*, falls die Stadtwasserkunst *infolge außerordentlicher Umstände* an der Wasserversorgung gehindert wird. Bei einem Verschulden abseiten des Staates oder seiner Angestellten tritt indessen eine Ersatzpflicht ein, da

---

6) Vgl. Beibl. 1898 Nr. 12. Der früher im Regulativ mehrfach vorkommende Ausdruck „Abnehmer" ist zwar auch im § 10 des neuen Regulativs stehen geblieben, doch ist er als „Grundeigentümer" zu verstehen.

7) Vgl. *Niemeyer* S. 59; Beibl. 1879 Nr. 92; 1881 Nr. 112.

8) Vgl. *Wulff* II S. 486 Anm. 1 a. E.

9) Vgl. § 5 Abs. 1, 2 Regul., § 8 Ges. v. 18. Mai 1896. Nach dem früheren Regulativ war dies in Hamburg nicht der Fall, da es nicht ausdrücklich ausgesprochen war und Rückstände bei Reallasten im Zweifel nicht mit übergehen. Vgl. Beibl. 1881 Nr. 112; Wulff II S. 494 Anm. 6.

dies nicht unter den Begriff der außerordentlichen Umstände fällt (§ 10 Regul.).

III. Die Herstellung und Unterhaltung der öffentlichen Leitung erfolgt in Hamburg seitens des Staates, in Cuxhaven seitens des Unternehmers, diejenige der Anschlußleitungen von der öffentlichen Leitung an und der Leitungen und sonstigen erforderlichen Einrichtungen, insbesondere der Wasserbehälter, innerhalb des Privatgrundstücks seitens der Eigentümer; in Cuxhaven übernimmt der Unternehmer die Unterhaltung der Anschlußleitung, in Hamburg, soweit als dieselbe auf öffentlichem Grunde liegt (§§ 2, 3 Regul., § 3 Gesetz vom 18. Mai 1896).

IV. Die Wasserbeiträge.

1. Die Festsetzung der Wasserbeiträge findet nach einer Kontrolle durch den Wassermesser statt (§ 4 Regul., §§ 4 ff. Ges. vom 18. Mai 1896).[10] Bei Abgabe von Wasser für besondere, namentlich vorübergehende Zwecke ist der Staat befugt, auf anderer Grundlage eine Preisvereinbarung zu treffen. Unter gewissen Umständen kann bei Wasserverlusten infolge von nicht erkennbaren Beschädigungen an Privatleitungen ein Nachlaß vom Beitrage gewährt werden (§ 5 Abs. 6 Regul.).

Die Wassermesser werden in Hamburg vom Staate geliefert, in die Hausleitung eingebaut und unterhalten, eine Gebühr ist dafür nicht zu entrichten, doch hat der Eigentümer den in seinem Gebäude befindlichen Wassermesser vor Frost zu schützen und darf er keinerlei Reparaturen an ihm vornehmen. Die Kosten etwaiger Unterwassermesser hat der Eigentümer zu tragen (§ 6 Regul.), soweit es sich nicht um einen Wassermesser für einen an sich mit Wasserverbrauch verbundenen Betrieb handelt.

In Cuxhaven werden die Wassermesser den Eigentümern vermietet. Der Mietvertrag ist ein privatrechtlicher Vertrag, auf den die

10) Dies ist die wesentlichste Neuerung, die das Regulativ v. 13. Juli 1906 gebracht hat. Vorher hatte der Eigentümer die Wahl, ob er den Wasserbeitrag nach einer bestimmten Taxe oder nach dem durch den Wassermesser kontrollierten Verbrauch entrichten wollte, sofern nicht das Wasser lediglich für einen Betrieb geliefert wurde, in welchem Fall schon früher die Wassermesserkontrolle obligatorisch war (vgl. § 4 Regul. v. 14. Juli 1899). Die Taxe wurde bestimmt durch die Anzahl und Beschaffenheit der zu versorgenden Räume, durch Abschätzung oder in Ausnahmefällen durch Vereinbarung. Die neue Art der Berechnung des Wasserbeitrages ist für diejenigen Grundstücke, welche am 1. Januar 1907 schon Wassermesser besaßen, an diesem Tage in Kraft getreten, für die übrigen Grundstücke tritt sie an dem dem Tage des Wassermessereinbaues folgenden 1. Januar in Kraft. Bis dahin gilt noch das Regulativ v. 14. Juli 1899.

Vorschriften des bürgerlichen Rechts Anwendung finden, soweit das Gesetz nicht selbst über die Rechte und Pflichten Vorschriften trifft.

2. Der Wasserbeitrag ist eine öffentliche Last des Grundstücks. Der Eigentümer haftet für die während seines Eigentums fällig werdenden Beträge aber auch persönlich.[11] Im Falle eines Eigentumswechsels haftet der neue Eigentümer für die rückständigen Beiträge neben dem früheren Eigentümer dem Staate gegenüber als Gesamtschuldner. Falls trotz Übersendung einer Rechnung und einer Mahnung der Beitrag nicht bezahlt wird, wird er im Verwaltungswege beigetrieben (§ 5 Abs. 4 Regul., § 9 Abs. 3 Ges. vom 18. Mai 1896).[12] Weiter als das Regulativ geht das A.G. z. Z.V.G. (§ 2 Nr. 4), indem es alle für die Wasserversorgung vom Grundeigentümer zu entrichtenden Vergütungen als öffentliche Lasten erklärt; darunter fallen z. B. außer den Wasserbeiträgen der Kaufpreis eines Unterwassermessers und die Kosten der Prüfung eines Wassermessers.[13] In Cuxhaven ist die Wassermessermiete ohne Zweifel eine öffentliche Last.

V. In Hamburg kann das Rechtsverhältnis von dem Wasserbezugsberechtigten mit vierzehntägiger Frist zum Vierteljahresschluß gekündigt werden;[14] die Kündigung muß in schriftlicher Form erfolgen. Eine Kündigung abseiten des Staates ist nicht zulässig (§ 8 Regul.). In Cuxhaven ist eine Kündigung überhaupt unzulässig, da dort der Anschlußzwang besteht.

Sechster Abschnitt.

Die Dienstbarkeiten.

§ 97. Nichteingetragene Grunddienstbarkeiten.

I. Das frühere Hamburgische Recht folgte in bezug auf die Entstehung der Dienstbarkeiten im wesentlichen dem gemeinen Recht.

1. Es bedurfte zur Entstehung von Realservituten weder der Besitzübertragung noch der Ein-

11) Ebenso verhält es sich in Bergedorf; vgl. § 4 Wasserwerksordn. v. 15. März 1907.

12) Früher waren die Wasserbeiträge keine öffentlichen Abgaben und auch keine öffentlichen Lasten im Sinne des Zwangsversteigerungsverfahrens (Beibl. 1881 Nr. 112; 1885 Nr. 20).

13) Vgl. Wulff III S. 396 Anm. 1.

14) In Bergedorf mit achttägiger Frist; vgl. § 21 Wasserwerksordn. v. 15. März 1907.

tragung in das Grundbuch.[1] Vielmehr genügte dazu der formlose Vertrag oder die Ersitzung, letztere, falls die Servitut bona fide und fehlerlos 10 Jahre unter Anwesenden, 20 unter Abwesenden und 30 gegenüber Grundstücken des Staates oder milder Stiftungen ununterbrochen besessen worden war (Art. 3 Stat. I, 21). Eine Ausnahme bestand nur für die Befreiung von der gesetzlichen Beschränkung des Eigentümers in der Anlage von Fenstern (s. § 80 II 1 und § 98 II 1); diese bedurfte schon nach altem Recht zur dinglichen Wirkung der Eintragung.

2. Im übrigen konnte eine Dienstbarkeit auch stillschweigend begründet werden, was namentlich in Kaufverträgen häufig geschah. Doch ist im einzelnen Falle zu unterscheiden, ob nur ein persönliches Verbietungsrecht oder eine wirkliche Dienstbarkeit geschaffen werden sollte. Letzteres ist von der Praxis angenommen worden, falls dem Grundstück durch die Klausel ein dauernder Charakter, namentlich mit Rücksicht auf die Umgegend, gegeben werden sollte.[2]

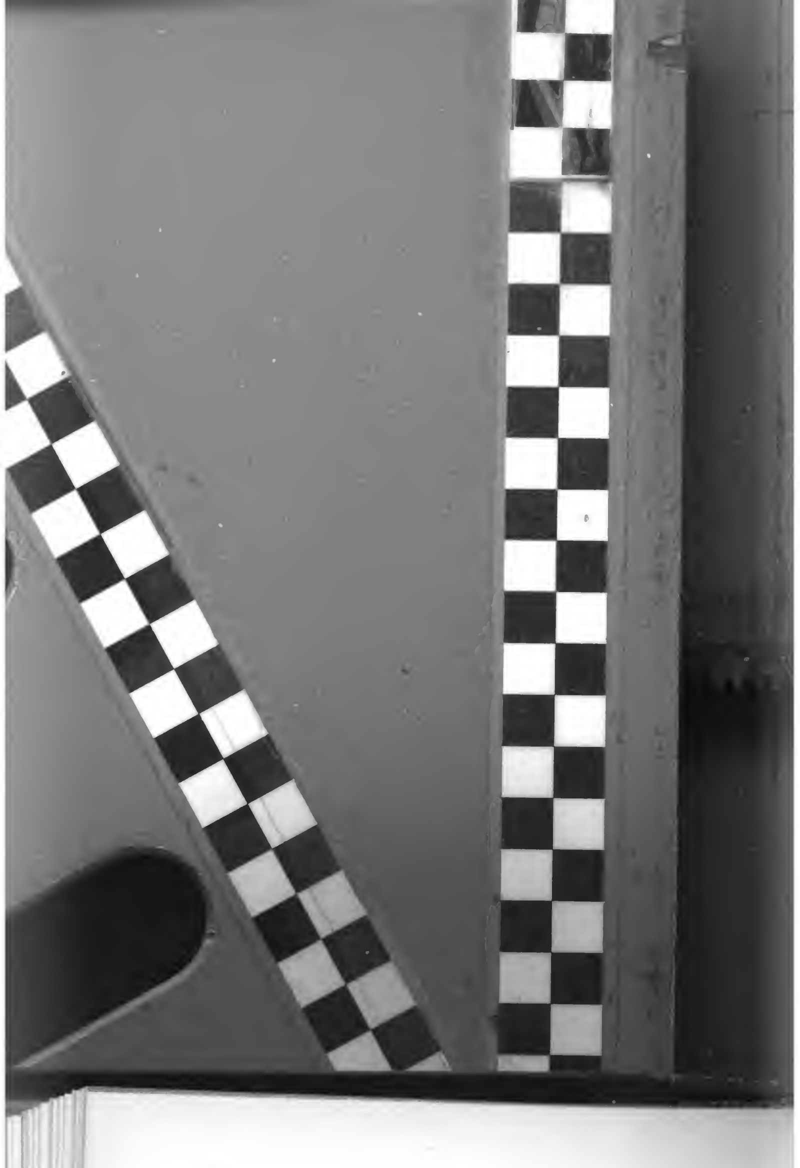
3. Gegenseitige Dienstbarkeiten wurden nicht nur zwischen unmittelbar benachbarten, sondern auch zwischen anderen Grundstücken, die früher zu demselben Grundstückskomplex gehört hatten, begründet, wenn der Eigentümer dieses Komplexes bei der Parzellierung desselben allen einzelnen Parzellen dieselbe Baubeschränkung im Interesse der Erhaltung eines gewissen gemeinsamen Charakters der Gegend auferlegte.[3] In diesem Falle konnte jeder Beteiligte das Recht aus der Servitut gegen den Andern geltend machen.[4] Solange zwei Grundstücke, zwischen denen ein tatsächliches Dienstbarkeitsverhältnis bestand, sich in derselben Hand befanden, war letzteres nach dem Grundsatz nemini res sua servit ohne

1) Vgl. Baumeister I S. 148; Niemeyer S. 74; Mittelstein, Grundeigentum und Hypotheken S. 47.

2) Vgl. die bei Mittelstein a. a. O. S. 48 und bei Brandis-Abraham S. 451 angegebenen Entscheidungen.

3) Vgl. Beibl. 1898 Nr. 161; 1901 Nr. 120; 1904 Nr. 47, 149, auch den Fall in Beibl. 1903 Nr. 94, 155. S. auch § 98 II 5. Eine solche Bestellung gegenseitiger Dienstbarkeiten liegt aber nicht vor, wenn der Staat beim Verkauf zusammenliegender Parzellen den Erwerbern gleichlautende Baubeschränkungen auferlegt. Dann steht nicht den Eigentümern der einzelnen Parzellen das Recht zu, auf der Einhaltung der Beschränkung zu bestehen, sondern nur dem Staate. Dieser kann auf die Beschränkungen verzichten, ohne in Rechte der Parzelleneigentümer einzugreifen (Beibl. 1906 Nr. 163).

4) Wenn diese Dienstbarkeit erst unter neuem Recht begründet wird, so steht sie dem Eigentümer eines Grundstücks nur zu, wenn zu seinen Gunsten eine Eintragung im Grundbuch erfolgt ist (Beibl. 1905 Nr. 88).



rechtliche Bedeutung.[5] Durch die Veräußerung und Zuschreibung des Grundstücks im Grundbuche an einen Anderen wurde aber das zwischen den beiden Grundstücken bestehende tatsächliche Verhältnis zu einer Servitut erhoben.[6] Dies gilt nicht für den Fall, daß der Verkauf im Zwangswege erfolgt.[7]

4. War eine Eintragung der Servituten im Grundbuche auch nicht vorgeschrieben, so konnte sie doch erfolgen. Im Falle der Eintragung genossen die Servituten die Vorteile der Publizität des Grundbuchs. Es konnte dann keine die Servitut verletzende Eintragung vorgenommen werden, auch gingen die Servituten nicht durch Ersitzung, Verjährung oder Nichtanmeldung im Zwangsverkaufsverfahren unter. Einen Vorrang gewährte die Eintragung als solche nicht, vielmehr entschied über den Rang die Zeit der Entstehung der Dienstbarkeit.[8]

5. Der Untergang der Dienstbarkeiten richtete sich wesentlich nach dem gemeinen Recht (s. unter IV). Partikularrechtlich war nur bestimmt, daß die Verjährungs- und Ersitzungsfrist zugunsten des Staates und der milden Stiftungen 30 Jahre betrug, daß eingetragene Servituten durch Verjährung nicht untergingen, daß aber nichteingetragene Servituten, welche weder offensichtlich noch sonst notorisch waren, im Falle der Nichtanmeldung bei der Zwangsversteigerung erloschen.

II. Art. 184 E.G. z. B.G.B. läßt die Dienstbarkeiten, mit denen eine Sache oder ein Recht zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. belastet war, mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalt und Range bestehen, doch kommen für die Ausübung der Grunddienstbarkeit, die Kollision mit anderen Rechten, die Behandlung der Grunddienstbarkeit im Falle der Teilung des Grundstücks, den Anspruch des Berechtigten auf Beseitigung der Beeinträchtigung seiner Rechte und die Verjährung dieses Anspruches die Vorschriften des B.G.B. (§§ 1020—1028) auch bei alten Dienstbarkeiten zur Anwendung. Bis zu dem Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen war, also dem 1. Februar

---

5) Darüber, ob dieser Grundsatz nicht durch das Buchsystem durchbrochen ist, vgl. Mittelstein a.a.O. S. 49; Niemeyer S. 74; Beibl. 1887 Nr. 129; 1889 Nr. 170; 1898 Nr. 380; Amtsger.Samml. 1901 S. 31 (Reichsger.).

6) Vgl. Entsch. des R.G. 13 Nr. 59; Jur. Wochenschr. 1894 S. 244; Beibl. 1876 Nr. 61; 1884 Nr. 68; 1887 Nr. 129; 1889 Nr. 170.

7) Vgl. Beibl. 1875 Nr. 31; 1876 Nr. 61 sowie das Reichsger. in Beibl. 1898 Nr. 180; dagegen Reichsger. in Entsch. 13 Nr. 59.

8) Vgl. Niemeyer S. 74.

1900,[9] erfolgte auch die Begründung der Grunddienstbarkeit nach den Vorschriften des alten Rechts, d. h. durch formlosen Vertrag (Art. 189 E.G. z. B.G.B.). Seither hat sie in den Formen des neuen Rechts zu erfolgen. Dagegen bedarf eine Grunddienstbarkeit, die zu der Zeit bestand, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen war, zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit nicht der Eintragung im Grundbuch (Art. 187 E.G. z. B.G.B.). Hiervon bestehen zwei Ausnahmen:

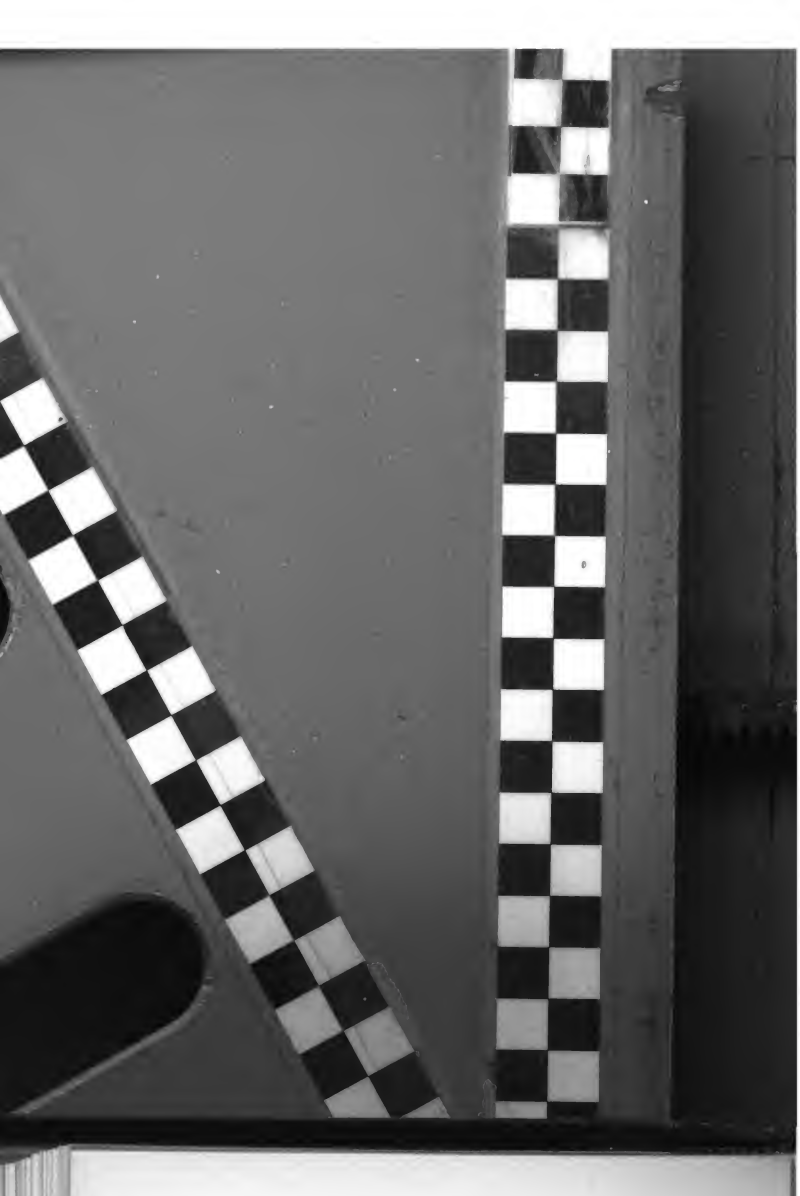
1. Die Eintragung muß erfolgen, wenn sie von dem Berechtigten oder dem Eigentümer des belasteten Grundstücks auf eigene Kosten verlangt wird.

a) Der Eigentümer des belasteten Grundstücks kann die Eintragung ohne Mitwirkung des Berechtigten bei dem Grundbuchamt beantragen (§ 19 G.B.O.), dagegen bedarf der Dienstbarkeitsberechtigte zur Eintragung der Zustimmung des Eigentümers und wenn er den Vorrang vor schon eingetragenen Berechtigungen verlangt, der Zustimmung auch dieser Berechtigten. Weigern sich der Eigentümer oder die Berechtigten, ihre Zustimmung zu erteilen, so ist darüber im Prozeßwege zu entscheiden; die Kostenentscheidung richtet sich in diesem Rechtsstreit nach den prozessualen Grundsätzen (s. unter d).

b) Als Berechtigter im Sinne dieser Vorschrift ist nicht nur der Eigentümer des herrschenden Grundstücks anzusehen, sondern auch der Nießbraucher und der Nacherbe. Mindestens wird man den letzteren gegen den Eigentümer des herrschenden Grundstücks einen Anspruch auf Bewirkung der Eintragung auf dem belasteten Grundstück gewähren müssen, damit alsdann der Nießbraucher und sonstige Berechtigte auch die Eintragung der Dienstbarkeit auf dem Blatte des herrschenden Grundstücks beantragen können (§ 8 Abs. 1 Satz 2 G.B.O.), um dadurch nach § 21 G.B.O. gegen einen Untergang der Dienstbarkeit ohne ihre Zustimmung gesichert zu sein.[10]

c) Auch bei buchungsfreien Grundstücken kann die Eintragung des Rechts von dem Berechtigten gefordert werden. Das Gesetz macht keinen Unterschied und nach §§ 90 G.B.O., 18 A.G. z. G.B.O. muß das buchungsfreie Grundstück auf Antrag jedes Berechtigten, auch eines Dienstbarkeitsberechtigten, ein Blatt im Grundbuch erhalten.[11]

9) Vgl. § 66 I.
10) So mit Recht Habicht (3. Aufl.) S. 481; vgl. auch Planck VI Planck VI Art. 187 Anm. 2.
11) Vgl. Planck ebenda; Habicht S. 480 Anm. 3.



d) Die Eintragung erfolgt in Abteilung II des Grundbuchs. Sie stellt sich als eine Berichtigung des Grundbuchs dar.[12] Denn es handelt sich darum, das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage in Einklang zu bringen (§ 894 B.G.B.). Daher kann der Inhaber des nicht eingetragenen Rechts verlangen, daß derjenige, dessen Recht durch die Eintragung betroffen werden würde, diese Eintragung bewilligt, und daß die Dienstbarkeit, falls sie durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen werden kann, gemäß § 22 G.B.O. ohne jene Zustimmung eingetragen wird.

e) Die Eintragung hat deklaratorische, nicht konstitutive Wirkung. Der Rang richtet sich nach der Eintragung. Bei der Eintragung ist ein Vorrang vor bereits eingetragenen Rechten zu vermerken, wenn er durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden kann. Soll die Dienstbarkeit einen früheren Rang erhalten, so kann dies nur mit Zustimmung aller eingetragenen Berechtigten erfolgen.[13]

f) Die eingetragenen Dienstbarkeiten genießen den vollen Schutz des B.G.B., insbesondere der §§ 891, 892.

2. Die Landesgesetzgebung kann den Grundsatz des E.G. z. B.G.B. ändern. Sie kann bestimmen, daß die bestehenden Grunddienstbarkeiten oder einzelne Arten zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs bei der Anlegung des Grundbuchs oder später in das Grundbuch eingetragen werden müssen. Hiervon hat Hamburg Gebrauch gemacht (s. III).

III. Hamburg hat für die alten Servituten den Eintragungszwang angeordnet. Grunddienstbarkeiten, welche unter altem Recht entstanden, aber nicht aus dem Grundbuch ersichtlich sind, müssen zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs binnen zehn Jahren in das Grundbuch eingetragen werden. Schon vor dem Ablauf der zehn Jahre kann im Falle der Veräußerung des Grundstücks im Aufgebotsverfahren ein Ausschluß nicht aus dem Grundbuch ersichtlicher oder dem Antragsteller nicht bekannter Grunddienstbarkeiten erfolgen (§§ 44—46 A.G. z. B.G.B.). Ein solcher Ausschluß

---

12) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 42 (aus der Bezugnahme auf §§ 894 B.G.B., 22 G.B.O. ergibt sich dieser Standpunkt); Melchior, Ausführungsges. S. 28; Wulff III S. 24 Anm. 3; Entsch. des Kammerger. in Rechtspr. der O.L.G. 8 S. 129; Amtsger.Samml. VI S. 150 und die dort angegebene Literatur. A. M. Amtsger.Samml. 1902 S. 375; Kloß S. 244.

13) Vgl. Amtsger.Samml. VI S. 151.

erfolgt ebenfalls im Zwangsversteigerungsverfahren (§ 3 A.G. z. Z.V.G.).

1. Voraussetzungen für die Eintragung.

a) Es muß eine Grunddienstbarkeit im Sinne des B.G.B. vorliegen. Gesetzliche Eigentumsbeschränkungen, auch solche des Nachbarrechts, unterliegen nicht der Eintragungspflicht, wenn sie auch nach Hamburgischem Recht teilweise buchungsfähig sind (s. § 98 II 3). Insbesondere bezieht sich die Eintragungspflicht nicht auf die Frontrechte an öffentlichen Straßen und Wasserwegen, wohl aber auf solche an Privatstraßen und -gewässern (§ 17 A.G. z. G.B.O.). Andererseits unterliegen der Nießbrauch und beschränkt persönliche Dienstbarkeiten der Eintragungspflicht vom Inkrafttreten des B.G.B. an, da sich Art. 187 A.G. z. B.G.B. auf sie nicht bezieht.[14] Das gleiche gilt vom Erbbaurecht, welches früher der Eintragung ebenfalls nicht bedurfte.[15]

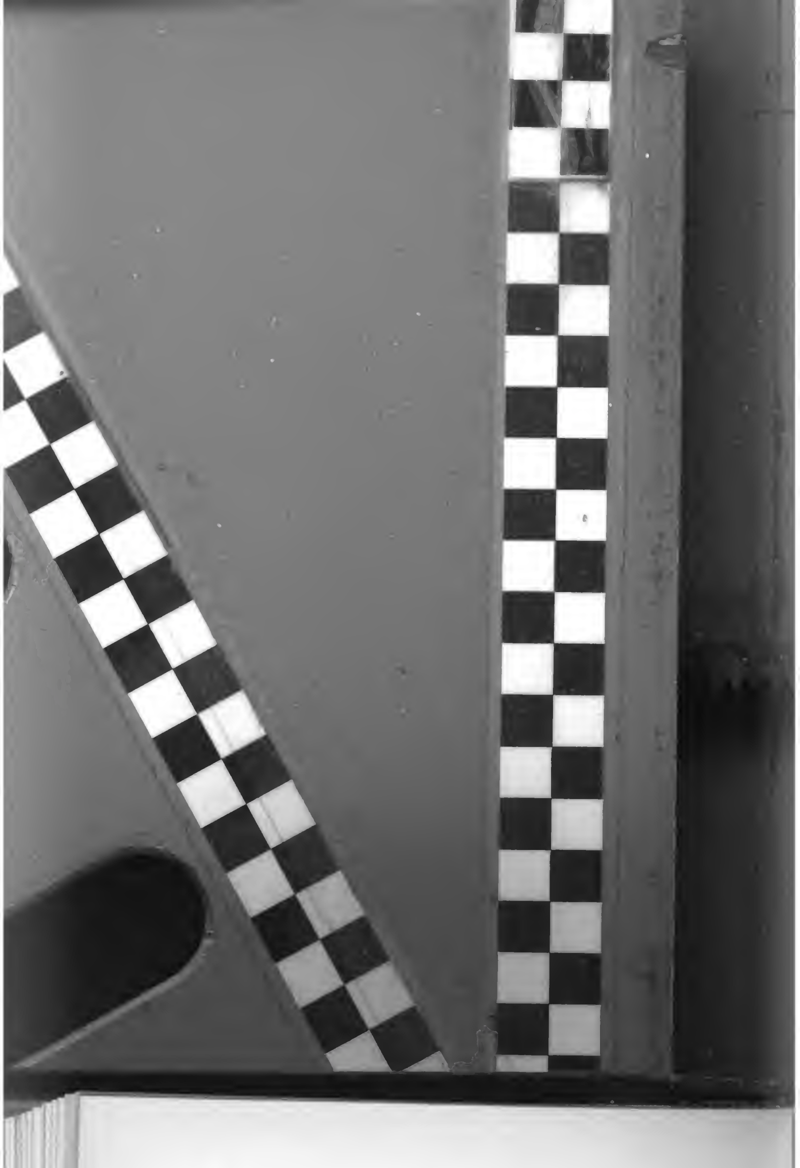
b) Das Grundstück, an welchem die Dienstbarkeit besteht, muß im Grundbuch eingetragen sein. Solange es im Grundbuch nicht eingetragen ist, kann die Dienstbarkeit nicht eingetragen werden. Sobald es aber eingetragen wird, kann die Eintragung der Dienstbarkeit erfolgen und muß sie unter dem Präjudiz des § 44 A.G. vor dem 1. Januar 1910 erfolgen. Wird das buchungsfreie Grundstück erst später eingetragen, so muß die Eintragung der Dienstbarkeit unmittelbar darauf erfolgen.

Auch im Falle der Nichteintragung des buchungsfreien Grundstücks kann die Eintragung der Dienstbarkeit erfolgen, wenn zunächst die Eintragung des Grundstücks herbeigeführt worden ist (s. II 1 c).

c) Die Grunddienstbarkeit muß unter altem Recht entstanden sein. Der Antragsteller muß gemäß § 22 G.B.O. unter Berücksichtigung der Formvorschriften des § 29 G.B.O. den Nachweis der Existenz der Grunddienstbarkeit erbringen. Ob ein Recht als solche Dienstbarkeit anzusehen ist, richtet sich nach dem alten Recht.[16]

d) Die Grunddienstbarkeit muß aus dem Grundbuch nicht ersichtlich sein. Dies ist der Fall, wenn die Dienstbarkeit überhaupt nicht eingetragen ist. Denkbar ist, daß die Grunddienstbarkeit bei der Übertragung der alten Grundbücher in die neuen nicht mitübertragen

14) Vgl. Oertmann S. 470.
15) Vgl. Niemeyer S. 82; Wulff III S. 24 Anm. 8 (von S. 23).
16) Vgl. Prot. z. Entw. II des B.G.B. VI S. 520.



worden ist. In diesem Falle liegt ein Berichtigungsanspruch vor, da die Grunddienstbarkeit als gelöscht gilt.[17]

Ist die Dienstbarkeit, wie es in Hamburg früher häufig der Fall war, nur auf dem Blatte des berechtigten, nicht auch auf demjenigen des belasteten Grundstücks eingetragen, so gilt sie nicht als aus dem Grundbuch ersichtlich. Denn nach dem B.G.B. ist für die Wirksamkeit einer Eintragung und für den öffentlichen Glauben des Grundbuchs nur der Inhalt des Blattes des belasteten Grundstücks maßgebend, was sich dort nicht befindet, ist keine eingetragene Belastung. Da aber die vorliegende Bestimmung die bestehenden Dienstbarkeiten gerade mit dem neuen Recht in Einklang bringen soll, erscheint die Eintragung auch auf dem Blatte des belasteten Grundstücks erforderlich.[18]

Die Verpflichtung zur Eintragung bezieht sich auch auf diejenigen Dienstbarkeiten, mit welchen das Halten einer dauernden Anlage verbunden ist, falls sie nicht aus dem Grundbuch ersichtlich sind.

e) Es muß ein Antrag auf Eintragung vorliegen. Von Amts wegen erfolgt die Eintragung nicht. Für die Berechtigung zur Antragstellung gilt, was unter II 1 a, b ausgeführt worden ist.

f) Der Antrag muß vor dem 1. Januar 1910 beim Grundbuchamt gestellt sein (§ 44 Abs. 2 A.G. z. B.G.B.). Ist der Beweis der Servitut nicht gleich im Antrag genügend erbracht, oder steht der Eintragung ein sonstiges vorübergehendes Hindernis entgegen, so wird, ähnlich wie im Fall von § 18 G.B.O., die Frist als genügend gewahrt erscheinen müssen, wenn auf diesen Antrag, auch wenn er erst nach Ablauf der zehn Jahre genügend vervollständigt wird, die Entscheidung erfolgt.[19]

2. Die Eintragung und ihre Wirkung.

a) Über die Form der Eintragung und die deklaratorische Wirkung derselben vgl. das unter II 1 d, e und f Ausgeführte, was auch hier zutrifft.

b) Von der Eintragung ist nicht die Existenz der Dienstbarkeit abhängig, sondern nur die Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Die Dienstbarkeit be-

17) So mit Recht Melchior, Ausführungsges. S. 29.
18) Vgl. Melchior a. a. O. S. 30; Wulff III S. 24 Anm. 1.
19) Vgl. Wulff III S. 24 Anm. 4.

steht fort, auch wenn sie innerhalb der zehn Jahre nicht eingetragen worden ist, auch kann sie noch nach dem 1. Januar 1910 eingetragen werden, doch verlieren die Servituten dann ihre Wirksamkeit gegenüber einem Dritten, welcher gutgläubig durch Rechtsgeschäft — nicht unentgeltlich (§ 816 Abs. 1 B.G.B.) — das Eigentums- oder ein anderes Recht an dem Grundstücke erwirbt.

IV. Solange die Grunddienstbarkeiten des alten Rechts in das Grundbuch nicht eingetragen sind, erfolgt ihre Aufhebung nach dem alten (Art. 189 Abs. 3 E.G. z. B.G.B.), und nicht nach dem neuen Recht, welches regelmäßig nur die Aufhebung durch Löschung kennt. Von der Befugnis, die Aufhebung neu zu regeln, hat Hamburg nur beschränkt (s. unter 7) Gebrauch gemacht. Im allgemeinen bleiben für die nicht eingetragenen Grunddienstbarkeiten die früheren Grundsätze, insbesondere diejenigen des gemeinen Rechts bestehen.

Danach kommen als Aufhebungsgründe in Betracht [20]

1. Übereinstimmender Wille der Eigentümer des herrschenden und des dienenden Grundstücks oder Verzicht seitens des Berechtigten.

2. Untergang des Grundstücks, mit welchem die Dienstbarkeit aktiv oder passiv verbunden ist.

3. Vereinigung des Eigentums und des dinglichen Rechts in derselben Hand (Konfusion). Durch Eintritt einer Trennung lebt das untergegangene Recht nicht wieder auf.

4. Eintritt einer Bedingung oder Befristung.

5. Ablösung der Dienstbarkeit auf eine durch Gesetz vorgeschriebene Art und Weise im Falle der Tropfenfallservitut nach § 79 Baupolizeigesetz. S. § 98 II 2.

6. Verjährung.

Grunddienstbarkeiten, welche zu einzelnen sich wiederholenden Handlungen berechtigen, werden durch Nichtausübung während der Verjährungszeit aufgehoben. Nichtausübung ist die Nichtgeltendmachung des Willensinhalts, zu welchem die Dienstbarkeit berechtigt.

Bei Grunddienstbarkeiten, welche ein Recht auf einen dauernden Zustand des herrschenden oder dienenden Grundstücks geben, ist Ersitzung der Freiheit erforderlich. Es muß das dienende Grundstück während der Verjährungszeit als freies besessen worden sein, d. h.

---

20) Vgl. Baumeister I S. 158; Niemeyer S. 75; Mittelstein S. 52; Windscheid-Kipp I §§ 215, 216.

in einem der Dienstbarkeit widersprechenden, durch menschliche Tat hervorgerufenen Zustand.[21]

Die Verjährungszeit beträgt sowohl für die Nichtausübung als auch für die Ersitzung der Freiheit zehn Jahre unter Anwesenden und zwanzig unter Abwesenden, bei Dienstbarkeiten, welche dem Staate oder milden Stiftungen gehörigen Grundstücken zustehen, dreißig Jahre.

7. Nichtanmeldung im Falle der Veräußerung des belasteten Grundstücks.

Dieser Fall ist anläßlich des Inkrafttretens des neuen Rechts neu geregelt, und zwar für den Fall der rechtsgeschäftlichen Veräußerung und des Übergangs des Grundeigentums durch die Zwangsversteigerung. Die Anmeldung der nicht eingetragenen und auch sonst nicht durch eine Anlage verkörperten Dienstbarkeiten kann erzwungen werden, widrigenfalls die Dienstbarkeiten erlöschen (§§ 45, 46 A.G. z. B.G.B.; 3 A.G. z. Z.V.G.).

a) Dieser Aufhebungsgrund betrifft nur:

α) Grunddienstbarkeiten im Sinne des neuen Rechts; s. III 1 a;

β) aus dem Grundbuch nicht ersichtliche (s. III 1 d) und im Fall der rechtsgeschäftlichen Veräußerung auch dem auf die Anmeldung Hinwirkenden nicht bekannte Grunddienstbarkeiten;

γ) nicht mit dem Halten einer dauernden Anlage verbundene Grunddienstbarkeiten. Unter einer Anlage ist ein Werk von gewisser Selbständigkeit, ein Bau oder Bauteil, eine Anpflanzung oder dergl. und nicht eine bloß räumliche Veränderung, die Erhöhung oder Erniedrigung eines bestehenden Ganzen, eines Grundstücks, also auch nicht die bloße erhöhende Aufschüttung auf eine Straße oder deren Tieferlegung zu verstehen.[22] Daß die Anlage jederzeit sichtbar ist, wird nicht gefordert, z. B. genügt auch eine Röhrenleitung. Die Anlage kann auf dem Boden des herrschenden oder des belasteten Grundstücks gehalten werden.[23]

b) Die Anmeldung wird in einem verschiedenen Verfahren provoziert, je nachdem es sich um eine rechtsgeschäftliche Veräußerung oder ein Zwangsversteigerungsverfahren handelt.

---

21) Vgl. Windscheid-Kipp (9. Aufl.) I S. 1102.

22) Vgl. Beibl. 1902 Nr. 157. Der Begriff des Haltens der dauernden Anlage stammt aus §§ 1020 ff. B.G.B. und Art. 191 E.G. z. B.G.B.

23) Vgl. Mot. z. E.G. z. B.G.B. S. 269.

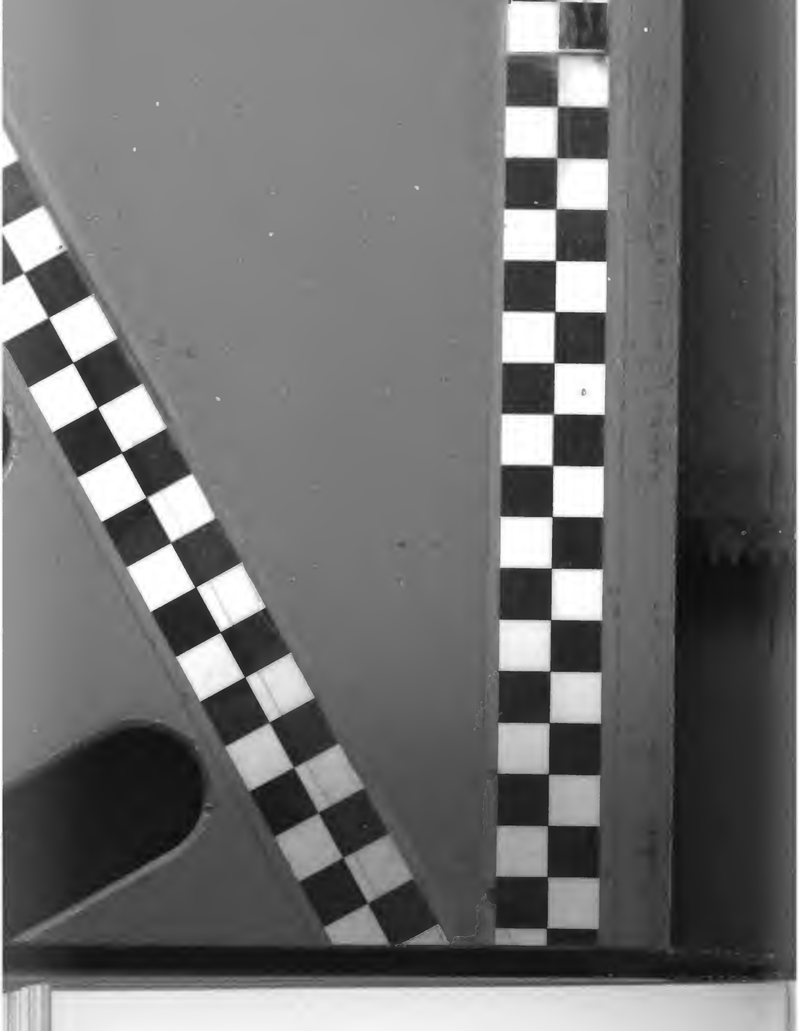
α) Im Falle der rechtsgeschäftlichen Veräußerung kann, falls diese vor dem 1. Januar 1910 erfolgt, der Erwerber des Grundstücks nach der Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch ein Aufgebotsverfahren veranlassen. Das Aufgebotsverfahren richtet sich nach der Zivilprozeßordnung,[24] abgesehen von einzelnen Änderungen, welche § 46 A.G. z. B.G.B. trifft und die infolge von § 11 E.G. z. Z.P.O. zulässig sind. Danach ist dasjenige Amtsgericht, welches für das Grundstück das Grundbuch führt, zuständig,[25] und ist als Rechtsnachteil im Aufgebot anzudrohen, daß die dem Antragsteller, also dem Erwerber des Grundstücks, nicht bekannten, aus dem Grundbuche nicht ersichtlichen und nicht mit dem Halten einer dauernden Anlage verbundenen Grunddienstbarkeiten erlöschen.

β) Im Zwangsversteigerungsverfahren muß die Anmeldung der Grunddienstbarkeit, wenn sie nicht untergehen soll, spätestens im Versteigerungstermin vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten erfolgen.[26] An und für sich gehen im Zwangsversteigerungsverfahren alle Rechte am Grundstück unter, falls sie nicht bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt oder durch Zahlung zu decken sind (§ 52 Z.V.G.). Doch bleibt ein durch Landesgesetz begründetes dingliches Recht, abgesehen von der Hypothek, wenn es der Eintragung nicht bedarf, von der Zwangsversteigerung unberührt, auch

24) Vgl. §§ 946 ff. Z.P.O.

25) Auf die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots und auf die Aufgebotsfrist finden diejenigen Bestimmungen Anwendung, welche im Verfahren der Zwangsversteigerung für die Bekanntmachung des Versteigerungstermins gelten, d. s. die §§ 36—41, 43 Z.V.G., 7 E.G. z. Z.V.G., 1 A.G. z. Z.V.G., 6, 34 Ges. v. 14. Juli 1879 betr. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Danach soll die Frist zwischen der Anberaumung des Aufgebotstermins und dem Termin in der Regel nicht mehr als sechs Monate betragen. Die Bekanntmachung ist in das für die amtlichen Bekanntmachungen bestimmte und in ein anderes Blatt dreimal einzurücken. Ferner soll die Terminsbestimmung an die Gerichtstafel angeheftet werden. Das Gericht ist befugt, noch andere und wiederholte Veröffentlichungen zu veranlassen, wobei insbesondere auf den Ortsgebrauch Rücksicht zu nehmen ist.

26) Dies entspricht dem früheren Recht (§ 7 Ziff. 1 Ges. v. 14. Juli 1879), wonach der Berechtigte bei Vermeidung des Untergangs der Rechte verpflichtet war, die Servituten anzumelden, welche sich nicht schon bei Ansicht des Grundstücks augenscheinlich darstellen oder anderweit notorisch sind. — Von wem die Anmeldung erfolgt, ist gleichgültig, insbesondere kann sie auch seitens des die Zwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers erfolgen. Wenn dieselbe Servitut mehreren benachbarten Grundstücken zusteht, genügt Anmeldung seitens eines Beteiligten. Diese (Beibl. 1904 Nr. 121) für das frühere Recht abgegebene Entscheidung dürfte auch für das neue Recht gelten.



wenn es bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt ist.[27] Dies trifft für die älteren Hamburgischen Grunddienstbarkeiten im allgemeinen zu (§ 3 A.G. z. Z.V.G.).

Eine Ausnahme hiervon ist aber durch Aufstellung obiger Anmeldepflicht für diejenigen Grunddienstbarkeiten gemacht worden, welche zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerks aus dem Grundbuche nicht ersichtlich und nicht mit dem Halten einer dauernden Anlage verbunden sind. In Abweichung von dem Falle α bezieht sich diese Ausnahme von der Anmeldepflicht nicht auf die dem Ersteher bekannten Dienstbarkeiten. Werden letztere nicht angemeldet, so können sie dem Ersteher gegenüber trotz dessen Kenntnis nicht mehr geltend gemacht werden.[28]

γ) Wie in den übrigen Fällen des Unterganges der Grunddienstbarkeiten erlöschen auch in den Fällen α und β die Dienstbarkeiten vollkommen und können später keinem Erwerber des Grundstücks mehr gegenüber geltend gemacht werden, auch wenn er sie gekannt hat.

V. Soweit die Grunddienstbarkeiten früher eingetragen waren, waren sie der Aufhebung durch Konfusion oder Verjährung entzogen. Seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts gehen sie nach den Vorschriften dieses Rechts unter. Ebenso findet das neue Recht Anwendung auf den Untergang derjenigen älteren Dienstbarkeiten, welche unter neuem Recht in das Grundbuch eingetragen werden.

VI. Zu den nicht eingetragenen Grunddienstbarkeiten gehören auch diejenigen, welche im neuen Recht an buchungsfreien Grundstücken erworben werden (§ 43 A.G. z. B.G.B.). Bez. dieses Rechtsverhältnisses s. S. 378.

---

27) Auch wenn die Grunddienstbarkeit dem Rechte des betreibenden Gläubigers nachsteht, bleibt sie unberührt. Dies ist angeordnet worden, da andererseits der Servitutberechtigte nur einen Anspruch auf Werterſatz aus dem Versteigerungserlöse haben würde und ihm damit in der Regel nicht gedient ist.

28) Durch diese Vorschrift soll nach den Mot. das alte Recht (§ 7 Ges. v. 14. Juli 1879) aufrechterhalten werden. Nach diesem war es streitig, ob die Kenntnis des Erstehers die Anmeldung ersetzte (vgl. Mittelstein, Grundeig. und Hyp. S. 190 Anm. 19). Als herrschend dürfte die Ansicht anzusehen sein, daß die Kenntnis die Anmeldung nicht ersetzte. Wenn nun trotz Bestehens dieser Kontroverse der Gesetzgeber in § 3 A.G. z. Z.V.G. im Gegensatz zu § 45 A.G. z. B.G.B. die Kenntnis nicht erwähnt, so ist anzunehmen, daß im Falle der Nichtanmeldung die Dienstbarkeit auch trotz Kenntnis des Erstehers untergehen soll.

VII. Besitzschutz der Grunddienstbarkeiten.

1. Auf die nicht eintragungsbedürftigen und nicht eingetragenen Grunddienstbarkeiten finden die Vorschriften des B.G.B. über den Besitzschutz[29] Anwendung (Art. 191 E.G. z. B.G.B.), falls

a) entweder mit ihnen das Halten einer dauernden Anlage verbunden ist (s. S. 552);

b) oder die Dienstbarkeit in jedem der letzten drei Jahre vor der Störung mindestens einmal ausgeübt worden ist.

Im Falle unter a tritt der Schutz ein, ohne daß eine Ausübungshandlung nachgewiesen zu werden braucht.

2. Für eingetragene alte Grunddienstbarkeiten tritt vom Moment der Eintragung an der volle Schutz des § 1029 B.G.B. ein.

3. Die Vorschrift des Art. 191 E.G. gilt auch für diejenigen Grunddienstbarkeiten, welche gemäß § 43 A.G. z. B.G.B. nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts an buchungsfreien Grundstücken entstehen.

§ 98. Inhalt und Umfang der Grunddienstbarkeiten.

I. Unberührt sind die landesgesetzlichen Vorschriften geblieben, welche die Belastung eines Grundstücks mit gewissen Grunddienstbarkeiten untersagen oder beschränken, sowie diejenigen, welche den Inhalt oder das Maß solcher Rechte näher bestimmen (Art. 115 E.G. z. B.G.B.).

1. Untersagt ist nach Hamburgischem Recht lediglich die Bestellung einer Jagdgerechtigkeit an fremdem Grund und Boden, da das Jagdrecht von dem Eigentum am Grundstück nicht getrennt werden kann (s. § 86 I). Dies bezieht sich sowohl auf Grunddienstbarkeiten wie auf beschränkt persönliche Dienstbarkeiten.

2. Die Bestimmung über die Fortdauer der Vorschriften über Inhalt und Maß der Grunddienstbarkeiten hat eine um so größere Tragweite, als das B.G.B. sich der Bestimmungen über die Befugnisse, welche die einzelnen Dienstbarkeiten gewähren, enthält. Demnach sind die gemeinrechtlichen und Hamburgischen Bestimmungen dieser Art in Kraft geblieben. Wenn auch das gemeine Recht positive Bestimmungen über einzelne Grunddienstbarkeiten nur wenig enthält[1] und grundsätzlich für Maß und Umfang der Dienstbarkeit der Begründungsakt der

29) Vgl. §§ 1029, 858 ff. B.G.B.

1) Vgl. Windscheid-Kipp (9. Aufl.) I S. 1070, 1080.

Servitut maßgebend war,[2] so hat sich doch für eine Reihe von Grunddienstbarkeiten mangels besonderer Bestimmungen der Parteien ein gewisses Maß gewohnheitsmäßig herausgebildet. Diese Übung wird auch für das heutige Recht noch von Bedeutung sein müssen. Ebenfalls wird man die landläufige gemeinrechtliche Einteilung der Grunddienstbarkeiten in Gebäude- und Felddienstbarkeiten beibehalten können.

II. Gebäudedienstbarkeiten haben sich in Hamburg zahlreich entwickelt, besonders in bezug auf die Aufhebung der gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen. Sie stehen nicht dem auf dem herrschenden Grundstück errichteten Gebäude, sondern dem Grundstück in seiner Totalität zu. Daher erlöschen sie mit dem Untergang des Gebäudes an sich nicht.[3] Von diesen Dienstbarkeiten sind hervorzuheben:

1. Das Fenster- und Lichtrecht.[4] Gegenüber den gesetzlichen Einschränkungen dieses Rechts (s. § 80 II 1) kann der Nachbar sich durch eine Dienstbarkeit das Recht verschaffen, Fenster und Öffnungen in näherem Abstande von der Nachbargrenze anzubringen.

a) Ist die Dienstbarkeit auf das Recht ausschlagender, d. h. nach außen sich öffnender Fenster gerichtet, so enthält dies für den Eigentümer des belasteten Grundstücks im Zweifel die Verpflichtung, bei der Erbauung von Gebäuden zwischen der Fensteröffnung und der aufzuführenden Wand einen Zwischenraum unbebaut zu lassen, und zwar nach dem Statut und dem Baupolizeigesetz von 1865 (§ 65) von zwei Fuß, nach dem Baupolizeigesetz von 1882 (§ 78) von 60 cm.[5]

Ist das Recht auf stehende oder einwärts gerichtete Fenster gerichtet, so dürfen nach dem Statut und beiden Baupolizeigesetzen die Fenster vom Nachbar zugebaut werden.[6] Wieweit dies aus dem Gesichtspunkt der Schikane verboten ist, entscheidet sich nach dem bürgerlichen Recht (§ 226 B.G.B.).

b) Diese Dienstbarkeiten bedurften nach altem Recht zur wirksamen Entstehung im Geltungsgebiet der Baupolizeigesetze von 1865 und 1882 der Eintragung im Grundbuch. Sie konnten

2) Der Umfang einer Dienstbarkeit bestimmt sich nach den besonderen Verhältnissen, unter denen sie entstand; vgl. Seuff. Arch. 62 Nr. 110.

3) Vgl. Entsch. des R.G. 27 S. 164; Seuff. Arch. 47 Nr. 10.

4) Vgl. Baumeister I S. 157. Eine Dienstbarkeit, Fenster und Öffnungen haben zu dürfen, gewährt nicht das Recht, durch die Öffnungen auch Kohlen aufwinden zu dürfen (Beibl. 1899 Nr. 101).

5) Über das jetzige Geltungsgebiet dieser Gesetze vgl. § 80 I.

6) Vgl. Beibl. 1885 Nr. 158; 1891 Nr. 167.

auch nicht durch Ersitzung erworben werden (§ 78 Abs. 2 Baupolizeiges.).[7] Dagegen galt der Eintragungszwang nicht für das sonstige Staatsgebiet. Dort konnte die Servitut auch durch Ersitzung begründet werden. Seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts kann die Dienstbarkeit nur nach diesem begründet werden.

2. Die Tropfenfallgerechtigkeit.

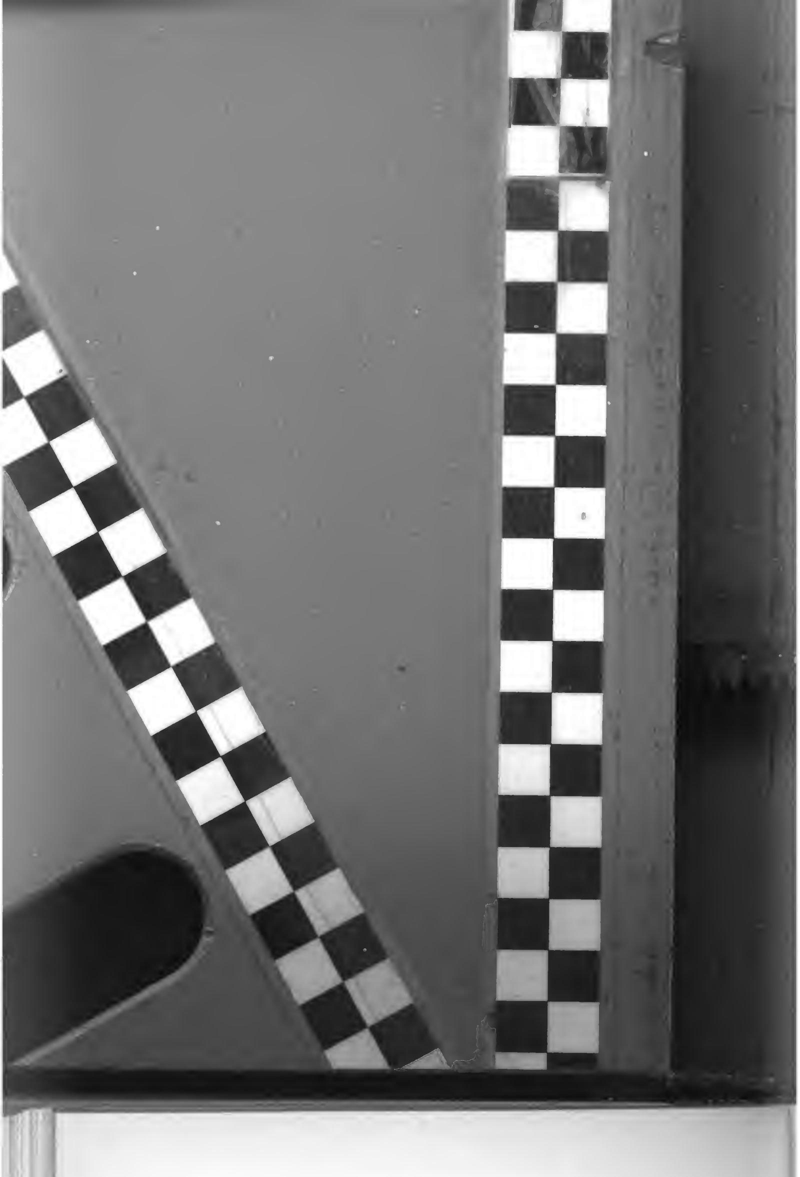
a) Gegenüber dem gemeinrechtlichen Verbot, den Tropfen auf das Grundstück des Nachbarn fallen zu lassen und der diese Vorschrift für das Geltungsgebiet des Baupolizeigesetzes etwas einschränkenden Bestimmung des § 79 Baupolizeiges. (s. § 80 II 5 b) kann der Nachbar sich eine Tropfenfalldienstbarkeit erwerben. Die Entstehung dieser Dienstbarkeit richtete sich unter altem Recht nach den allgemeinen Bestimmungen über die Entstehung von Servituten.

b) Die Dienstbarkeit hat zum Inhalt, daß der Nachbar den Tropfenfall auf seinem Grundstück aufnehmen muß. Wie er ihn weiterleitet, ist seine Sache.

c) Diese Servitut kann, soweit sie vor dem 23. Juni 1882 entstanden ist, im Geltungsgebiet des Baupolizeigesetzes auf gesetzlich vorgeschriebene Weise abgelöst werden, und zwar dadurch, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks auf seine Kosten eine Einrichtung zur anderweitigen Ableitung des Tropfenfalls trifft. Falls der Berechtigte und der Verpflichtete sich über die Art der künftigen Ableitung nicht einigen können, hat die Baupolizeibehörde das Nähere zu bestimmen und auch über die Kostenersatzpflicht des Eigentümers des belasteten Grundstücks zu entscheiden, falls der Berechtigte gemäß der getroffenen Anordnung die Einrichtung selbst zu machen hat. Gegen die Entscheidung der Behörde über die Kostenersatzpflicht steht der ordentliche Rechtsweg offen. Diese Vorschrift über die Ablösung der Tropfenfallservitut ist durch Art. 113 E.G. z. B.G.B. aufrechterhalten.

3. Von besonderer Bedeutung ist die Dienstbarkeit, einen Teil seines Grundstücks im unbebauten oder im unbebauten und zugänglichen Zustande zu belassen. Von der Begründung dieser Dienstbarkeit muß die Baupolizeibehörde die Gestattung der Anlage von Fenstern in einer nicht an der Straße belegenen Gebäude-

7) Die Eintragungspflicht bestand seit dem Inkrafttreten des Baupolizeiges. von 1865 im Gebiet desselben für alle derartigen Servituten, nicht bloß für die Fenster an Neu- und Umbauten (Beibl. 1896 Nr. 66), trotzdem sich das Ges. v. 1865 ebenso wie dasjenige von 1882 grundsätzlich nur auf Neubauten und Reparaturen bezieht.



wand, bezw. die Anlage des vorgeschriebenen Hofplatzes (§§ 36 Abs. 2, 41 Abs. 4 Baupolizeiges.) abhängig machen, falls der erforderliche freibleibende Platz von einem Nachbargrundstück genommen werden soll.[8]

a) Wenn auch diese Dienstbarkeiten unter altem Rechte der Eintragung im Grundbuche zu ihrer Entstehung nicht bedurften, so durfte die Baupolizeibehörde die fragliche Genehmigung zur Anlage von Fenstern und des Hofplatzes doch nur erteilen, falls die Eintragung erfolgt war.

b) Heute muß die Dienstbarkeit überhaupt zu ihrer Entstehung eingetragen werden. Diese Eintragung hat sich aber nur auf das dingliche Recht zu erstrecken. Sie kann nicht darauf ausgedehnt werden, daß die Eintragung ohne Einwilligung der Baupolizeibehörde im Grundbuche nicht getilgt werden dürfe. Denn die Zahl der an einem Grundstücke möglichen Rechte dritter Personen ist eine geschlossene.[9]

c) Diese Dienstbarkeiten können nur eingetragen werden, wenn die betr. Grundstücke verschiedenen Eigentümern gehören.[10]

d) Sie können ferner nur zugunsten der Nachbarn, nicht aus öffentlicher Rücksicht, wie es früher häufig geschah, auch jetzt noch geschieht, zugunsten des Staates Hamburg, des Ärars, eingetragen werden. Denn eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit (§ 1090 B.G.B.), die an sich dem Staate als juristischer Person ebenso wie dem Privaten zustehen kann, hat ein privatrechtliches Interesse des Berechtigten zur Voraussetzung, da der Inhalt dieser Dienstbarkeiten demjenigen der Grunddienstbarkeiten gleich ist. Hier hat der Staat jedoch kein privatrechtliches, wirtschaftliches Interesse an der Belastung, sondern nur ein baupolizeiliches Interesse. Die Normen des Privatrechts sind aber nur dazu bestimmt, den Privatrechtsverkehr zu regeln, nicht dazu, öffentlichrechtlichen Vorschriften zum Vollzuge zu verhelfen.[11]

8) S. S. 421, 422.

9) Vgl. Beibl. 1900 Nr. 187; Amtsger.Samml. 1900 S. 67; s. auch § 60 III.

10) Vgl. Beibl. 1900 Nr. 187 II; Amtsger.Samml. 1901 S. 31.

11) So mit zutreffenden Gründen der Beschluß des R.G. v. 11. Okt. 1905 in Entsch. 61 S. 338 (vgl. die zustimmende Besprechung von Laband in Deutsche Juristenztg. 1906 S. 850, 851). A. M. die Hamburgische Praxis, vgl. Beibl. 1901 Nr. 154, wo eine solche Eintragung zugunsten des Staates Hamburg, vertreten durch die Baudeputation, für zulässig erklärt wurde; ebenso Amtsger.Samml. VI S. 134. Der Grundbuchrichter hat zu prüfen, ob dem Berechtigten ein privatrechtliches Interesse überhaupt zustehen kann; ob ein solches Interesse im einzelnen Falle tatsächlich vorhanden ist, hat er dagegen nicht zu prüfen.

e) Bei der Eintragung kann auch auf die Bestimmungen des Baupolizeigesetzes Bezug genommen werden.[12]

4. Die vertragliche Auflegung von Baulinien, wie sie namentlich beim Verkauf von Staatseigentum zwischen der Finanzdeputation, der Vertreterin des Staates, und dem Privaten häufig vorkommt. Diese Verträge sind nach Maßgabe ihres Inhalts auszulegen.

5. Eine große Bedeutung hat in Hamburg die Auflegung von Dienstbarkeiten im Interesse der Erhaltung des gleichmäßigen Charakters eines Stadtteils.[13] Zu dem Zwecke liegt vielfach einem Grundstücke die Verpflichtung auf, daß auf ihm keine geschäftlichen Betriebe, z. B. Gastwirtschaften,[14] keine Etagenhäuser, keine sog. kleinen Wohnungen oder Terrassenbauten errichtet werden dürfen, oder daß bloß ein „Wohnhaus im Villenstil" zu errichten ist. Diese Dienstbarkeiten sind nach dem Sprachgebrauch zur Zeit ihrer Begründung auszulegen.[15] So versteht man z. B. unter Etagenhäusern

12) Vgl. Amtsger.Samml. 1904 S. 52.

13) Dazu gehören insbesondere auch die sog. Klosterlandbedingungen, welche die Bebauung und Benutzung des früheren Klosterlands beschränken und unter denen das Klosterlandkonsortium viele seiner Grundstücke verkauft hat. Dieses Konsortium hatte das ehemalige St. Johannisklosterland angekauft, um es nach Einteilung in Bauplätze unter Anlage der nötigen Privatstraßen im einzelnen wieder zu veräußern. Man bestimmte diese Gegend ganz vorzugsweise zur Anlegung von Gartenwohnungen und es war deshalb angezeigt, um derselben diesen Charakter zu erhalten, hierauf bezügliche Bestimmungen, und zwar mit dinglicher Wirksamkeit, gleichmäßig, da sonst der Zweck nicht erreicht werden konnte, in allen Veräußerungsverträgen zur Geltung zu bringen. Diese Bedingungen gelten für die Gerichte als notorisch, doch wird stets der Nachweis erfordert, daß die ersten Käufer der fragl. Parzellen verpflichtet worden sind, den Bedingungen nachzuleben (vgl. Beibl. 1890 Nr. 148; 1894 Nr. 9; 1903 Nr. 94, 155). Das Konsortium hat alles, ihm noch im Hypothekenbuch zugeschriebene Areal der auf dem Klosterlande angelegten Privatstraßen an den Staat abgetreten mit der Verpflichtung, dasselbe dem Arario zuzuschreiben. Soweit die Bedingungen zugunsten des Staates als des Nachfolgers des Klosters St. Johannis bestanden, hat derselbe auf sie generell verzichtet. Deshalb sind diese Bedingungen in die neuen Grundbücher nur aufgenommen worden, soweit sie Privaten zustehen (Melchior, Ausführungsges. S. 10 Anm. 7).

14) Eine solche Grunddienstbarkeit ist in Beibl. 1888 Nr. 81 für zulässig erklärt worden.

15) So ist eine Klausel, daß Gebäude ausschließlich zu Wohnhäusern benutzt werden dürfen, in Beibl. 1900 Nr. 169 dahin ausgelegt worden, daß sich dies auf Einzelhäuser, Villen, nicht aber auf Etagenhäuser usw. beziehe. — Terrassenbauten sind Hintergebäude mit mehreren getrennten Wohnungen, die mit ihrer Front an einem Seitengange belegen sind und durch diesen mit der Straße in Verbindung stehen. Vgl. Beibl. 1904 Nr. 47, auch 1896 Nr. 68. Wenn die Klausel dahin gefaßt ist, daß ein Wohnhaus „im Villenstil zu errichten" oder ein „Riß der Behörde zur Genehmigung

solche Gebäude, welche mehrere übereinanderliegende Familienwohnungen enthalten. Ob ein solches Haus durch eine oder mehrere Familien bewohnt wird, ist unerheblich.[16]

6. Das Frontrecht an Privatstraßen und -gewässern stellt eine reine Grunddienstbarkeit dar. Der Inhalt der Dienstbarkeit ist derselbe, wie beim Frontrecht an öffentlichen Straßen. S. § 90.

7. Die Servitus oneris ferendi, welche hauptsächlich darin besteht daß man einen Tragbalken auf das Nachbargebäude legen darf, hat ihre wesentlichste Bedeutung für die Stadt Hamburg dadurch verloren, daß nach § 19 des Baupolizeigesetzes eine derartige Mitbenutzung nachbarlicher Wände absolut verboten ist.

8. Entgegen der Beschränkung über die Entfernung von Kloaken, Düngergruben usw. von der Nachbargrenze kann durch eine Dienstbarkeit das Recht auf eine geringere Entfernung erworben werden (§ 81 Baupolizeiges.).

III. Felddienstbarkeiten.

1. Die wichtigste Kategorie der Felddienstbarkeiten bilden die privaten Wegegerechtigkeiten. Bez. des Inhalts dieser Dienstbarkeiten ist das gemeine Recht bestehen geblieben.[17] Die Wegegerechtigkeiten stehen nicht nur physischen, sondern auch juristischen Personen, insbesondere Gemeinden zu; die Gemeinde kann das Recht der Ausübung ihren Mitgliedern überlassen.[18] Der Inhalt der Wegegerechtigkeiten ist heute durch die Auslegung des gebrauchten Wortes, nicht mehr auf Grund der römischrechtlichen Definitionen zu bestimmen.[19]

a) So gewährt der Fußsteig nur das Recht zum Gehen über das dienende Grundstück, nicht auch das des Reitens oder sich Tragenlassens wie nach römischem Recht,[20] oder des Hinübertragens von Gegenständen.[21] Eine bestimmte Breite ist für den Fußsteig nicht vorgeschrieben.

b) Die Dienstbarkeit einer Straße enthält das Recht zu fahren,

---

vorzulegen ist", so hat das O.L.G. in Beibl. 1900 Nr. 57 und 1906 Nr. 209 dahin entschieden, daß sich dies nur auf die erste Bebauung bezieht. Doch ist es sehr zweifelhaft, ob diese Auslegung der Absicht der Parteien entspricht.

16) Vgl. Beibl. 1904 Nr. 47.

17) Vgl. Niemeyer S. 77; Beibl. 1889 Nr. 138.

18) Vgl. Seuff. Arch. 58 Nr. 70, wo insbesondere ausgeführt wird, daß in solchem Falle die Dienstbarkeit an sich der Gesamtheit der Gemeindemitglieder zu ihrem Vorteil, nicht aber der Gemeinde als selbständigem Vermögenssubjekt zustehe.

19) Vgl. Windscheid-Kipp I § 211 Anm. 3.

20) Vgl. Windscheid-Kipp a. a. O.; Dernburg III S. 526.

21) Vgl. Beibl. 1889 Nr. 138.

zu reiten und zu gehen, auch Vieh hinüber zu treiben. Ist die Breite bei der Begründung der Servitut nicht bestimmt, so kann eine Straße gefordert werden, welche in gerader Linie 8, an der Kehre 16 römische Fuß breit ist.[22]

Eine bloße Fahrgerechtigkeit ist nicht identisch mit der Gewährung einer Straße, auch enthält sie nicht notwendig das Recht, Vieh durchzutreiben.[23]

c) Die Triftgerechtigkeit,[24] d. h. das Recht, Vieh über ein Grundstück zu treiben, enthält nicht auch das Recht, das Vieh dort weiden zu lassen; ebensowenig das Recht, über das Grundstück zu fahren, welches nach römischem Recht allerdings eingeschlossen war.

Für alle Wegegerechtigkeiten gilt der Satz, daß, wenn die Richtung des Weges bei der Begründung der Dienstbarkeit nicht genau festgestellt ist, der Berechtigte veranlaßt werden kann, einen Weg zu wählen, auf den er sich beschränken muß. Auch durch Übung kann die Richtung des Weges festgestellt werden, sowie dadurch, daß der Verpflichtete einen Weg anlegt, den der Berechtigte benutzt.[25] Ist aber die Richtung einmal festgelegt, so hat der Berechtigte sich lediglich an diese zu halten. Unter Umständen kann der Belastete verlangen, daß der Weg nach einer für ihn weniger schädlichen, für den Berechtigten aber ebenso vorteilhaften Richtung verlegt werde.[26]

2. Die Wassergerechtigkeiten sind nicht nur auf Grund des Art. 115 E.G. z. B.G.B., sondern schon auf Grund von Art. 65 in Kraft geblieben. Aus der großen Zahl der auf diesem Gebiete möglichen Dienstbarkeiten sind folgende herauszuheben.

a) Das Wasserleitungsrecht,[27] welches entweder darin besteht, daß ein fremdes Grundstück zur Leitung des Wassers benutzt wird, oder darin, daß das auf fremdem Grundstück befindliche Wasser auf das berechtigte Grundstück hinübergeleitet wird. Nach letzterer Richtung ist namentlich von Bedeutung das Recht, aus einem Privatflusse Wasser auf sein Grundstück leiten zu dürfen. Inhaltlich kann das Recht verschieden, insbesondere kann es gemessen oder ungemessen

---

22) Vgl. l. 8 Dig. de serv. praed. rust. 8,3. Der römische Fuß beträgt 296 mm.

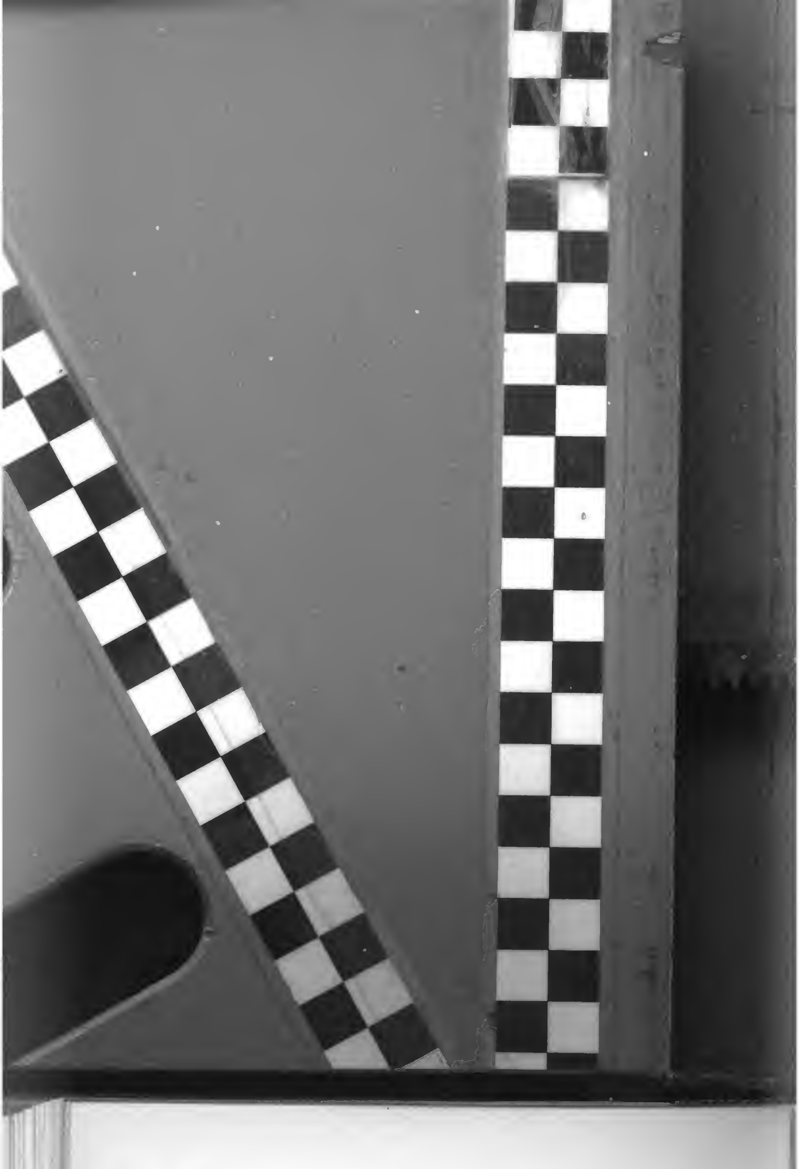
23) Vgl. Seuff. Arch. 23 Nr. 113; 31 Nr. 206; 62 Nr. 110.

24) Vgl. Beibl. 1875 Nr. 68.

25) Vgl. Entsch. des R.G. 2 S. 160; l. 9 Dig. de serv. 8,1; Dernburg III S. 526.

26) Vgl. Seuff. Arch. 31 Nr. 118; 36 Nr. 109; 58 Nr. 70.

27) Servitus aquae ductus s. aquae ducendae; pr. J. 2,3; l. 1 pr. Dig. 8,3.



sein, wobei letzterenfalls wiederum eine Beschränkung auf das jeweilige Bedürfnis des herrschenden Grundstücks anzunehmen ist.[28] Ferner kann es darauf gerichtet sein, daß in das fremde Grundstück Röhren hineingelegt werden und zu dem Zwecke der Boden nach Bedarf aufgegraben wird.[29]

b) Das Wasserschöpfrecht[30] steht an öffentlichen und privaten Flüssen in der Regel jedermann zu. Wenn es als besonderes Recht bestellt wird, kann es entweder sich darauf richten, daß es dem Berechtigten ein besonderes Recht gewährt, das Ufer zum Zwecke des Schöpfens zu betreten, oder daß es dem Berechtigten quantitativ eine weitergehende Benutzung einräumt, als sie mit dem Gemeingebrauch verbunden ist.

c) Eine besondere Viehtränkgerechtigkeit[31] kann bestellt werden, welche das Recht enthält, zum Zweck des Heranführens das Vieh über das benachbarte Grundstück treiben zu dürfen.

d) Die gesetzliche Verpflichtung, den natürlichen Wasserabfluß unverändert zu lassen (§ 80 II 5), kann durch Dienstbarkeiten in verschiedener Richtung verändert werden. Diese Dienstbarkeiten können dem Ober- oder Unterlieger zugute kommen, diesem, wenn ihm das Recht eingeräumt ist, den Wasserabfluß zum Nachteil des Oberliegers zu ändern.

3. Weidegerechtigkeiten enthalten das Recht, Vieh auf fremdem Grund und Boden weiden zu lassen. Diese Dienstbarkeiten kommen ebenfalls in sehr verschiedener Form vor. Sie sind von der Ver. vom 29. Juni 1849 betr. Aufhebung und Ablösbarkeit von Abgaben und Leistungen nicht berührt worden. Sie sind entweder nach Art und Stückzahl des aufzutreibenden Viehs bemessene oder unbemessene. Ist die Art des weideberechtigten Viehes nicht bestimmt, so darf Vieh jeder Art geweidet werden.[32] Ist die Zahl nicht bestimmt, so entscheidet die Anzahl, welche das herrschende Grundstück aus eigenen Mitteln überwintern kann (Durchwinterungsprinzip). Ob das Vieh sämtlich dem Berechtigten gehört oder von ihm gepachtet ist, ist gleichgültig.[33]

28) Vgl. Oertmann S. 479.
29) Vgl. Seuff. Arch. 31 Nr. 14.
30) Servitus aquae haustus vel aquae hauriendae; § 2 J. 2 3; l. 1 § 1, 12. § 1, 2 Dig. 8,3.
31) Servitus pecoris ad aquam appulsus s. appellendi; § 2 J. 2, 3; l. 1, 4, 5, 6 Dig. 8, 3; l. 1 § 18 Dig. 43, 20.
32) Vgl. Dernburg III S. 527 f.; Glück 10 S. 172.
33) Vgl. Seuff. Arch. 20 Nr. 108; 21 Nr. 20; 24 Nr. 15. Allerdings soll der Berechtigte kein fremdes Vieh im Interesse des fremden Eigentümers weiden lassen, sondern nur im Interesse seiner eigenen Wirtschaft.

Ist die Zahl des aufzutreibenden Viehs nicht bestimmt, so ist das Weiderecht kein ausschließliches; vielmehr hat mangels anderweitiger Bestimmung der Eigentümer des belasteten Grundstücks das Recht der Mitweide (jus compascendi); wenn die Weide für beide nicht ausreicht, muß sich der Weideberechtigte eine Verminderung seines Viehstandes in demselben Verhältnis wie der Eigentümer gefallen lassen.[34]

Der Weideberechtigte muß das Weidegrundstück einfriedigen oder, falls er außerhalb eingefriedigter Grundstücke weiden läßt, für eine gehörige Aufsicht durch einen Hirten sorgen.[35] Überhaupt liegt dem Berechtigten wie bei jeder Dienstbarkeit die Verpflichtung ob, das Recht mit tunlichster Schonung auszuüben (§ 1020 B.G.B., civiliter uti).

4. Forstgerechtigkeiten[36] enthalten das Recht, aus dem Walde gewisse Nutzungen zu ziehen. Sie sind entweder auf den Bezug von Holz oder auf denjenigen der Nebenprodukte des Waldes, Waldweide, Mast, Streugerechtigkeit, gerichtet.

Die wichtigste Dienstbarkeit ist die Holzungsgerechtigkeit, welche zum Inhalt entweder den Bezug von Bauholz oder von Brennholz hat. Ist der Inhalt nicht näher bestimmt, so umfaßt er beides. Die Berechtigung selbst kann eine bemessene oder unbemessene sein. Die unbemessene Holzungsberechtigung ist auf das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks beschränkt. Bei Forstgerechtigkeiten ist die Verpflichtung der schonenden Ausübung besonders zu beachten, da die Erhaltung des Waldes im öffentlichen Interesse liegt und unter den Berechtigungen nicht leiden darf.

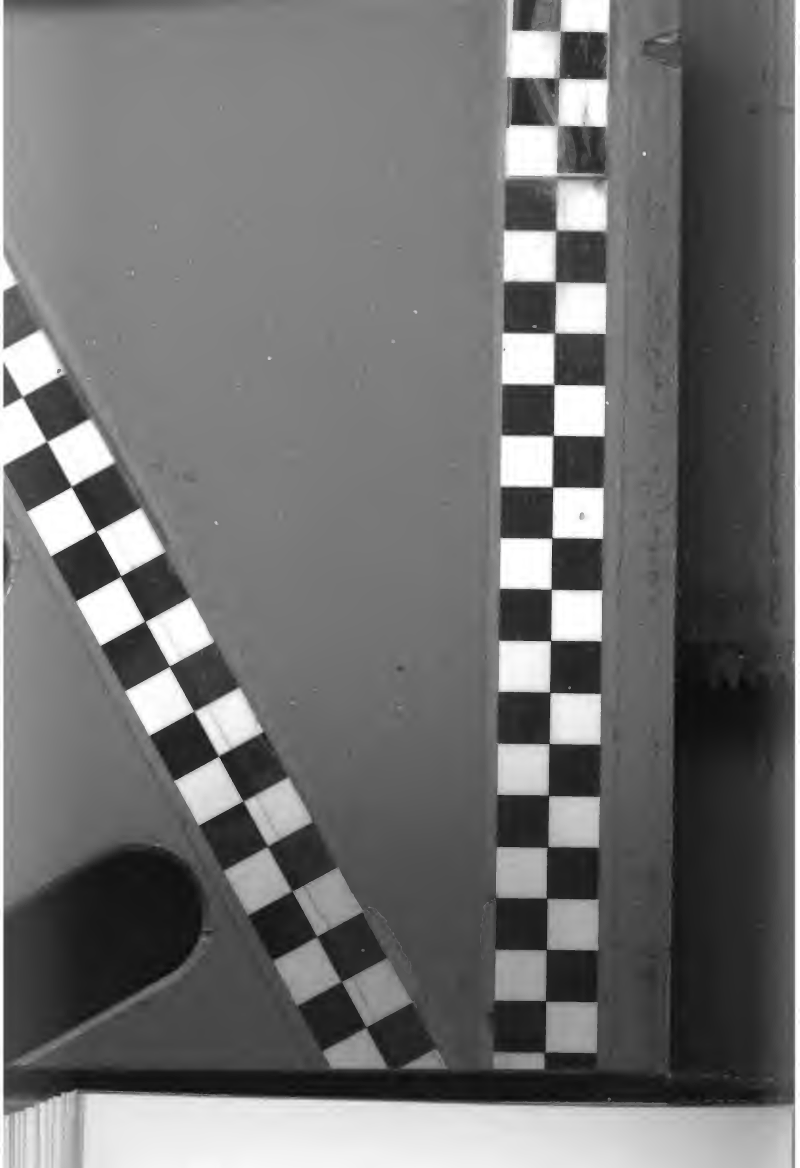
§ 99. Persönliche Dienstbarkeiten.[1]

I. Beschränkt persönliche Dienstbarkeiten.

Die aus dem alten Recht überkommenen persönlichen Dienstbarkeiten sind nach Art. 184 E.G. z. B.G.B. mit ihrem bisherigen Inhalt und Range bestehen geblieben, was namentlich für die beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten Bedeutung hat.

34) Vgl. Dernburg III S. 528.
35) Vgl. Niemeyer S. 77; Beibl. 1874 Nr. 35, 79; § 22 Ges. betr. Forst- und Feldfrevel v. 12. Dez. 1898.
36) Vgl. Dernburg III § 181. Diese Rechte haben sich im deutschen Rechte entwickelt, sie waren dem römischen Rechte nicht bekannt; vgl. Seuff. Arch. 29 Nr. 12, 13, 14.

1) Alle in Geltung befindlichen, gesetzlich oder durch Gewohnheitsrecht begründeten Vorkaufs-, Näher- oder Retraktrechte sind durch Ges. v. 12. April 1871 (Wulff 1. Aufl. II S. 329) aufgehoben worden.



1. Nach altem in Hamburg anerkanntem Recht konnten Grundgerechtigkeiten einzelnen Personen zustehen. Es waren dies sog. irreguläre Servituten.[2] Diese unterlagen denselben Vorschriften wie die übrigen Servituten, insbesondere bedurften sie nicht der Eintragung.

Auf diese persönlichen Dienstbarkeiten bezieht sich an sich die Eintragungs- und Anmeldepflicht der §§ 44 ff. A.G. z. B.G.B. nicht. Beschränkt persönliche Dienstbarkeiten können auch nach dem 1. Januar 1910 ohne Eintragung fortbestehen. Doch ist die Eintragung bereits seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts zur Erhaltung ihrer Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs erforderlich. Die Rechte verlieren ihre Wirksamkeit gegenüber einem Dritten, welcher gutgläubig durch Rechtsgeschäft — nicht unentgeltlich (§ 816 Abs. 1 Satz 2) — das Eigentum oder ein anderes Recht erwirbt (§ 892 B.G.B.). Art. 187 E.G. z. B.G.B. bestimmt etwas anderes nur für die Grunddienstbarkeiten.

2. Seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts können beschränkt persönliche Dienstbarkeiten nur in den Formen des neuen Rechts begründet werden.

3. Der Inhalt und das Maß der Befugnisse, welche die beschränkt persönliche Dienstbarkeit gewährt, richtet sich nicht nur bei den überkommenen, sondern auch bei den neu begründeten beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten nach dem alten Recht, soweit das neue Recht hierüber Vorschriften nicht trifft (Art. 115 E.G. z. B.G.B.).

a) Es kommen hier namentlich die in § 98 ausgeführten Rechtsgrundsätze hinsichtlich des Maßes der Dienstbarkeiten in Betracht. Für das Maß ist, soweit dasselbe im einzelnen Falle nicht genau bestimmt ist, das Bedürfnis der berechtigten Persönlichkeit bestimmend.

b) Das Wohnungsrecht ist, soweit es nicht einen Nießbrauch enthält, sondern in der Form einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit bestellt ist, im § 1093 B.G.B. erschöpfend geregelt. Daneben bestehen Abweichungen des früheren Rechts nicht fort, insbesondere darf der Berechtigte zwar Logisbesuch aufnehmen, aber die Wohnung nicht vermieten, wozu er nach gemeinem Rechte befugt war. Denn Art. 115 E.G. gestattet ergänzende, aber nicht dem B.G.B. positiv widersprechende landesrechtliche Vorschriften.[3]

---

2) Vgl. Beibl. 1870 Nr. 42, 104; 1888 Nr. 160; 1896 Nr. 122; 1907 Nr. 29; Baumeister S. 148; Niemeyer S. 76; Windscheid-Kipp I S. 914 Anm. 2; Dernburg III S. 574; Stobbe-Lehmann, Deutsches Privatrecht II 2 § 132 Nr. 3.

3) Vgl. Windscheid-Kipp (9. Aufl.) I S. 1061.

c) Das Jagdrecht kann auch in Form einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit nicht bestellt werden, da es von dem Eigentum am Grund und Boden nicht getrennt werden kann (s. § 86 I).

4. Die Aufhebung der überkommenen beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten bemißt sich nach dem neuen Recht (Art. 189 E.G. z. B.G.B.).

II. Die Begründung und Aufhebung von persönlichen Dienstbarkeiten an einem im Grundbuche nicht eingetragenen buchungsfreien Grundstücke vollzieht sich jetzt auf Grund des § 43 A.G. z. B.G.B. (s. § 65 I c), d. h. es genügt regelmäßig der Vertrag der Parteien und ist die Eintragung im Grundbuch nicht erforderlich.

III. Bei dem Nießbrauch an einem Sachinbegriff ist ein Vermögensverzeichnis aufzunehmen, welches eventuell durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten aufgenommen wird (§ 1035 B.G.B.).

Für Hamburg sind zur Aufnahme dieses Verzeichnisses außer den Notaren das Gerichtsvollzieheramt und die Gerichtsvollzieher in Ritzebüttel und Bergedorf für zuständig erklärt worden (§ 47 A.G. z. B.G.B.).[4]

Siebenter Abschnitt.

Die Reallasten.

§ 100. Übersicht.[1]

I. Im Hamburgischen Recht hat sich eine besondere Theorie über den Begriff und die rechtliche Natur der Reallasten nicht ausgebildet.

1. Im allgemeinen verstand man im früheren Recht unter Reallasten Verpflichtungen zu wiederkehrenden Leistungen, deren Schuldner der jedesmalige Eigentümer eines bestimmten Grundstücks ist,[2] ähnlich wie das B.G.B. für das neue Recht diese Lasten bestimmt (§ 1105).

4) Vgl. § 6 Ziff. 2 Notariatsges. v. 29. Dez. 1899; § 15 Gebührenordn. f. Not. v. 29. Dez. 1899; § 16 Ges. betr. das Gerichtsvollzieherwesen v. 29. Dez. 1899; § 104 Instr. für das Gerichtsvollzieheramt v. 1. Jan. 1900.

1) Vgl. Dernburg III S. 579 ff., worauf zur Ergänzung hiermit verwiesen wird.

2) Vgl. Mittelstein, Grundeig. und Hypotheken S. 53. Übereinstimmend Beibl. 1882 Nr. 98; Amtsger.Samml. 1904 S. 8.

2. Das **Hamburgische Recht** kennt Reallasten der verschiedensten Art, z. B. **Deichlasten**, **Wegelasten**, **Brückenlasten**, **Renten**, **Grundhauern**, **Altenteile**; dazu kamen dann noch die **öffentlichen Lasten** als solche (s. § 101).

3. Ob nach früherem Recht zur **Wirksamkeit** der Reallast die **Eintragung in das Grundbuch erforderlich** war, war bestritten. Nach dem gemeinen Recht entschied über die Verpflichtung zur Erfüllung der Leistungen aus dem Grundstück der bloße Besitz des Grundstücks.[3] **Mittelstein**[4] erklärt, daß sich partikularrechtlich eine abweichende Bestimmung nicht nachweisen lasse. Dem ist zuzustimmen. Allerdings sind vielfach Reallasten, auch öffentlichrechtliche (s. § 101 I 1), in das Grundbuch eingetragen worden,[5] aber daneben kamen viele lediglich auf Vertrag beruhende Reallasten vor; namentlich die wichtigste Kategorie der Reallasten, die Renten (s. § 102), bedurfte nach der herrschenden Ansicht nicht der Eintragung. Reallasten und Renten konnten nach früherem Recht auch durch unvordenkliche Verjährung erworben werden.[6]

II. Das E.G. z. B.G.B. trifft verschiedene Bestimmungen über die Reallasten.

1. Nach Art. 62 bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über **Rentengüter** unberührt. Dieser Vorbehalt ist für Hamburg ohne Bedeutung.

2. Nach Art. 96 bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über einen mit der Überlassung eines Grundstücks in Verbindung stehenden **Leibgedings-**, **Leibzuchts-**, **Altenteils-** oder **Auszugsvertrag** unberührt. S. § 103.

3. Nach Art. 120 bleiben die Vorschriften unberührt, nach denen im Falle der **Teilung** eines realbelasteten Grundstücks die Reallast auf die einzelnen Teile des Grundstücks verteilt wird, nach Art. 121

3) Vgl. Entsch. des R.G. in Zivils. 16 S. 143; **Stobbe**, Deutsches Privatrecht 2 S. 256; a. M. Beibl. 1887 Nr. 44, wo ohne nähere Begründung ausgeführt wird, daß zur Begründung der Reallasten ein einfacher Vertrag nicht genüge.

4) A. a. O. S. 53. **Baumeister** (I S. 118, 119, 163) will nicht eingetragene Reallasten als dingliche Rechte gegen Erwerber des Grundstücks oder Hypothekarier nicht geltend machen lassen, wenn letztere zur Zeit des Erwerbes keine Kenntnis davon hatten.

5) § 24 Ges. v. 4. Dez. 1868 betr. Grundeigentum und Hypothekenbuch erwähnte besonders die Möglichkeit der Eintragung von Reallasten ins Grundbuch; doch schrieb er die Eintragung als Voraussetzung für die Entstehung des Rechts nicht vor.

6) Vgl. Beibl. 1884 Nr. 30.

diejenigen, nach denen im Falle der Teilung eines für den Staat oder eine öffentliche Anstalt mit einer Reallast belasteten Grundstücks nur ein Teil des Grundstücks mit der Reallast belastet bleibt. Hamburg hat nach dieser Richtung besondere Vorschriften nicht getroffen. Grundsätzlich gilt der gemeinrechtliche Satz, daß bei Teilung des realbelasteten Guts unter mehrere Personen die Last solidarisch auf jedem Teilstücke lasten bleibt.[7] In Betracht kommen aber die Vorschriften über die Teilung von Grundstücken[8] (s. § 73) und über das Unschädlichkeitszeugnis[9] (s. § 74), durch welches in gewissen Fällen die an sich erforderliche Zustimmung der Berechtigten zur Befreiung von den auf dem abgetrennten Teile ruhenden Lasten durch obrigkeitliches Zeugnis ersetzt wird.

4. Besonders in Betracht kommen die Art. 113—116.

Art. 113 läßt die Vorschriften über die Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung der Reallasten unberührt.

Art. 114 läßt die Vorschriften unberührt, nach welchen die dem Staate oder einer öffentlichen Anstalt . . . zustehenden . . . Ablösungsrenten und sonstigen Reallasten zu ihrer Begründung und zur Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen. S. § 101 I.

Art. 115 läßt die Vorschriften unberührt, welche die Belastung eines Grundstücks mit gewissen Reallasten untersagen oder beschränken, sowie diejenigen, welche den Inhalt und das Maß solcher Rechte näher bestimmen.

Nach Art. 116 finden die vorerwähnten Vorbehalte keine Anwendung auf die für einen Überbau oder die Duldung eines Notwegs geschuldete Geldrente sowie auf die Pflicht des Eigentümers des belasteten Grundstücks zur Unterhaltung einer zur Ausführung einer Grunddienstbarkeit erforderlichen Anlage.

5. Nach Art. 184 bleiben die Reallasten, mit denen ein Grundstück zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. belastet ist, bestehen.

III. Aus dem Angeführten folgt:

1. Der Begriff der Reallast richtet sich nach dem B.G.B. Insbesondere ist für das Vorliegen einer Reallast erforderlich, daß der Verpflichtete wiederkehrende Leistungen aus einem Grundstücke zu entrichten hat (§ 1105 B.G.B.).

7) Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht II § 103 IV.
8) Vgl. §§ 30 ff. A.G. z. B.G.B.
9) Vgl. §§ 35 ff. A.G. z. B.G.B.

2. Soweit früher bestimmte Reallasten begründet werden konnten, ist dies auch nach neuem Recht der Fall. Inwieweit das Recht, Reallasten zu begründen, durch die Ablösungsgesetzgebung beschränkt ist, s. unter IV. Bei Gelegenheit der Einführung des B.G.B. sind in Hamburg solche Bestimmungen nicht getroffen worden.

3. Sowohl die überkommenen privaten Reallasten, wie die unter neuem Recht begründeten, unterliegen dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Nach § 892 B.G.B. verlieren sie im Falle der Nichteintragung ihre Wirksamkeit gegenüber einem Dritten, welcher gutgläubig durch Rechtsgeschäft — nicht unentgeltlich (§ 816 Abs. 1 B.G.B.) — das Eigentum oder ein anderes Recht am Grundstück erwirbt.

Die Reallasten werden an sich in Abteilung II des Grundbuchs eingetragen, Renteposten[10] des alten Rechts (s. § 102) in Abteilung III. Zum Zweck der Eintragung muß der Gegenstand der Reallast in der Eintragung in einer solchen Weise festgesetzt sein, daß eine Umwandlung der Reallast in eine Geldforderung erfolgen kann.[11]

4. Über die öffentlichen Reallasten s. § 101.

IV. Die Reallasten wurden in der Mitte des 19. Jahrhunderts vielfach als kulturschädlich angesehen, namentlich soweit sie unablösbar waren, und daher in ihrer Zulässigkeit beschränkt. In Hamburg geschah dies durch die Verordnung vom 25. Juni 1849 über die Aufhebung und Ablösbarkeit der in den §§ 35 und 36 der Grundrechte des deutschen Volkes erwähnten Abgaben und Leistungen. Diese Verordnung ist auch nach der Aufhebung der Grundrechte in Kraft geblieben, da sie durch einen Beschluß der gesetzgebenden Faktoren Hamburgs Gesetzeskraft erhalten hat.[12] An dieser Verordnung ist seither nichts geändert worden. Die Bestimmungen der Verordnung

10) Vgl. Nr. 23 Geschäftsanw. für die Grundbuchämter.

11) Vgl. Amtsger.Samml. 1904 S. 7.

12) In dem Urteil vom 16. März 1882 (Beibl. 1882 Nr. 43) erkennt das O.L.G. die Rechtsgültigkeit der Verordnung an, betont aber, daß nach Beseitigung der Grundrechte die Verordnung nicht mehr aus der gesetzgeberischen Absicht des § 36 der Grundrechte ausgelegt werden dürfe. Diese Verordnung vom 25. Juni 1849 ist auf das damals noch beiderstädtische Bergedorf und die Vierlande direkt nicht ausgedehnt worden (für Bergedorf bestand eine Verordnung v. 25. Sept. 1850), wohl aber stillschweigend durch die Ausdehnung des Hypothekengel., speziell des § 44 Abs. 1, durch Verordn. vom 20. August 1873 auf diese Gebiete. Für das Amt Ritzebüttel ist eine besondere Verordn. v. 24. September 1849 (Lappenberg XXI S. 165 ff.) erlassen worden. Über den Inhalt dieser Verordn. s. Wulff III S. 301 Anm. 6.

sind in Kraft geblieben teils als Ablösungs-, teils als Einschränkungsvorschriften (Art. 113 E.G. z. B.G.B.).

1. Durch diese Verordnung sind unentgeltlich für immer aufgehoben worden (§ 1 Ver.)

a) die Verpflichtung zum Botengehen, zu Fuhren und der sog. Fuhrtaler in den Walddörfern;

b) die Rauchhühner, das Rauchhühnergeld, das Gänsegeld;

c) das Recht- oder Gerichtsgeld in den Marschdörfern.

2. Für die Zukunft wurde ferner untersagt: die Bestellung unablösbarer Renten oder immerwährender Grundmieten; bei Festsetzung der Rente ist stets die Ablösungssumme zu bestimmen und eventuell im Grundbuch einzutragen (§ 10 Ver.).

3. Die Ablösungsvorschriften sind, abgesehen von denen über die Renten, welche unten (§ 102 I 3) besonders zu erörtern sind, folgende:

a) Nicht ablösbar nach dieser Verordnung sind:

α) Leistungen, die nicht auf dem Grund und Boden haften, sondern kraft eines besonderen obligatorischen Verhältnisses entrichtet werden, oder über deren Dauer kontraktlich etwas Bestimmtes vereinbart ist, z. B. nach Art des Kämmereikontraktes[13] (§ 6 Ver.);

β) Kommunallasten aller Art einschl. der kirchlichen. Leistungen an Prediger und Kirchenbeamte können nur mit der Zustimmung der Vertreter der Kirche und Schule aufgehoben werden (§ 9 Ver.).

b) Ablösbar sind (§ 2 Ver.):

α) die für ehemalige Hofedienste den Hufen und Halbhufen in den Walddörfern obliegenden Zahlungen;

β) die Naturallieferungen an Korn und die an deren Stelle getretenen Zahlungen;

γ) die Zehnten und das Last- oder Lachsgeld aus den Marschdörfern. Der Zehnte ist eine Last, welche den Grundeigentümer zur Abgabe eines bestimmten Bruchteils, regelmäßig des zehnten Teils, der Früchte des Grundstücks (Feldzehnte) oder auch der daselbst gehaltenen Tiere und ihrer Erzeugnisse (Blutzehnte) an den Berechtigten verpflichtet;

δ) Alle immerwährenden Renten, Grundmieten und Grundhauern in Stadt und Land (§ 4 Ver.).

---

13) Vgl. § 79.

c) Die Ablösung kann nur auf Antrag des Verpflichteten, nicht aber vom Berechtigten gefordert werden.

d) Die Ablösungssumme wird im Verhältnis von 1 zu 25 festgesetzt, und zwar ist bei Naturallieferungen der zugrunde gelegte abzulösende Wert nach dem Preisdurchschnitte der letzten zehn Jahre zu ermitteln (§ 3 Ver.). Bei Renten erfolgt die Ablösung nach besonderen Grundsätzen. S. S. 581.

e) Das Ablösungsverfahren ist folgendermaßen geordnet:

α) Wenn der Staat der Berechtigte ist, ist der Ablösungsantrag bei der Finanzdeputation zu stellen (§ 7 Ver.). Erhebt diese Einwendungen, so ist der ordentliche Rechtsweg zu beschreiten, und zwar ist das Landgericht ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes zuständig. Diese Bestimmung ist aufrechterhalten durch § 14 Ziff. 2 G.V.G., nach welchem für die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten bei der Ablösung von Reallasten besondere Gerichte zugelassen sind[14] und nach § 3 Abs. 2 E.G. z. Z.P.O., welcher ein von der Z.P.O. abweichendes Verfahren gestattet, falls solche Sachen, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, durch die Landesgesetzgebung den ordentlichen Gerichten zugewiesen werden. Durch die Erhebung der Klage wird der Staat nicht gehindert, die fälligen Leistungen einzutreiben. Das Gericht ist nicht befugt, den Staat hieran zu hindern.[15] Vor den Gerichten wird im ordentlichen Verfahren verhandelt.[16]

β) Ist nicht der Staat, sondern eine Korporation, Kirche, milde Stiftung oder Privatperson der Berechtigte, so ist mangels Zustandekommens einer Verständigung ebenfalls der ordentliche Rechtsweg gemäß α zu beschreiten (§ 9 Ver.).

f) Nach erfolgter Ablösung wird dem verpflichtet Gewesenen Quittung erteilt und die Löschung im Grundbuche vorgenommen, falls sich eine bezügliche Eintragung dort befindet (§ 8 Ver.).

V. Das B.G.B. erkennt öffentliche und privatrechtliche Reallasten an. Erstere wurzeln im öffentlichen, letztere im Privat-

14) Wenn das Gesetz hier Sondergerichte zuläßt, so ist darin auch die Befugnis für die Landesgesetzgebung enthalten, die Kompetenz zur Entscheidung der betr. Streitigkeiten den ordentlichen Gerichten auf der Grundlage einer besonderen Zuständigkeitserteilung zu übertragen.

15) Vgl. §§ 7 Abs. 4 Ver., 27 Verhältnisges.

16) § 7 Abs. 3 der Ver., welcher für diese Fälle das in den §§ 18 bis 43 des Expropriationsgesetzes vom 26. April 1844 vorgesehene summarische Verfahren zur Anwendung bringt, ist als beseitigt anzunehmen, da das Expropriationsgesetz von 1844 inzwischen aufgehoben worden ist und die Einrichtungen, welche für das Verfahren in Betracht kommen, fortgefallen sind.

recht. Öffentliche Reallasten können nicht nur dem Staate und öffentlichen Anstalten (Art. 114 E.G. z. B.G.B.), sondern auch z. B. Gemeinden, kirchlichen Stiftungen usw. zustehen. Welche Arten von öffentlichen Reallasten bestehen, bestimmt sich nach dem Landesrecht, da sich dies aus dem öffentlichen Recht ergibt. Das Landesrecht hat nach dieser Richtung volle Freiheit. Es kann bestimmen, daß gewisse Lasten dinglichen Charakter haben und öffentlichrechtlicher Natur sind. Doch kann es nicht rein privatrechtlichen Verbindlichkeiten den Charakter öffentlicher Lasten beilegen, vielmehr muß ein Zusammenhang mit dem öffentlichen Rechte immer vorhanden sein.[17]

Wenn auch das öffentliche Recht an sich hier nicht dargestellt werden soll, so erscheint eine Darstellung der öffentlichen Reallasten schon mit Rücksicht auf die privatrechtlichen Beziehungen derselben am Platze.

§ 101. Die öffentlichen Lasten.

I. Die öffentlichen Lasten kommen für das Privatrecht nach verschiedenen Richtungen in Betracht.

1. Ob öffentliche Lasten, welche dem Staate oder einer öffentlichen Anstalt zustehen, zu ihrer Begründung und zur Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung bedürfen, richtet sich nach dem Landesrecht. Vorschriften, welche die Eintragungspflicht verneinen, sind in Kraft geblieben (Art. 114 E.G. z. B.G.B.). Ob andere öffentliche Lasten der Eintragung bedürfen, richtet sich wesentlich danach, ob sie einem dem Landesrecht vorbehaltenen Gebiet angehören, und was eventuell das Landesrecht hierüber anordnet.

a) Das Hamburgische Recht enthält ausdrückliche Vorschriften über die Eintragungspflicht bez. der öffentlichen Lasten nicht. Gewohnheitsrechtlich steht aber fest, daß in Hamburg die öffentlichen Lasten zu ihrer Begründung und Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen.[1] Dieser Grundsatz ist erhalten geblieben, und zwar nicht nur für die öffentlichen Lasten des Art. 114 E.G., sondern auch für die übrigen öffentlichen Lasten, da die-

---

17) Vgl. Fischer-Schaefer, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen S. 185.

1) Vgl. Melchior, G.B.O. S. 32 Anm. 5; derselbe, Ausführungsges. S. 20 Anm. 1.

selben durchweg vorbehaltenen Materien angehören, z. B. die Siel- und Wasserbeiträge in Cuxhaven.

b) Einzelne öffentliche Lasten sind buchungsfähig, wenn auch nicht buchungspflichtig. Sie können entweder auf Grund positiver Gesetzesvorschrift, z. B. §§ 108 Abs. 8, 122 Abs. 2 Baupolizeiges., oder auf Grund Gewohnheitsrechts in das Grundbuch eingetragen werden. Das Gewohnheitsrecht steht in dieser Beziehung dem geschriebenen Recht gleich. Infolge Gewohnheitsrechts sind die Lasten des § 129 Baupolizeiges. als buchungsfähig anzusehen,[2] während z. B. die Deichlast, Grundsteuer usw. überhaupt nicht buchungsfähig sind. Soweit die Buchung öffentlicher Lasten zulässig ist, bedarf sie nicht der Einwilligung der dinglichen Berechtigten, da die Buchung für die Entstehung der Lasten nicht wesentlich ist, also die Rechte der dinglich Berechtigten nicht berührt.[3] Die Bedeutung der Buchung liegt darin, daß

α) im Zwangsversteigerungsverfahren im Falle der Eintragung rückständige Beiträge nicht glaubhaft gemacht, laufende nicht angemeldet zu werden brauchen[4] (§ 45 Z.V.G.). Die nach dem Zuschlag fällig werdenden Beträge treffen den Ersteher auch ohne Anmeldung (§ 56 Z.V.G.);

β) der Verkäufer eines Grundstücks für die Freiheit des Grundstücks von solchen öffentlichen Lasten haftet, welche buchungsfähig sind (arg. e contr. § 436 B.G.B.).

2. Die öffentlichen Lasten gehen ohne weiteres auf den Erwerber des Grundstücks über, mag derselbe von ihnen Kenntnis haben oder nicht.

3. Soweit sie nicht buchungsfähig sind, haftet der Verkäufer des Grundstücks nicht für die Freiheit von öffentlichen Lasten (§ 436 B.G.B.). S. 1 b β.

4. Im Zwangsversteigerungsverfahren sind im Falle rechtzeitiger Anmeldung die Ansprüche auf Entrichtung der öffent-

---

2) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 67; Amtsger.Samml. 1901 S. 5. Wulff II S. 125 Anm. 6; III S. 23 Anm. 1. Melchior (G.B.O. S. 32) will die Buchungsfähigkeit nur für die Renten des § 130 Baupolizeiges. anerkennen, doch ist eine solche Unterscheidung aus dem Gewohnheitsrecht nicht abzuleiten. Vielmehr ist nach dem Gewohnheitsrecht anzunehmen, daß alle Lasten des § 129 Baupolizeiges. buchungsfähig sind.

3) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 67.

4) Auch für die Anwendung des § 41 Z.V.G. ist die Eintragung von Bedeutung.

lichen Lasten des Grundstücks wegen der laufenden und der aus den letzten beiden Jahren rückständigen Beträge an bevorrechtigter Stelle in der dritten Rangklasse zu befriedigen (§ 10 Ziff. 3 Z.V.G.). Die Landesgesetzgebung hat das Recht, das Rangverhältnis der öffentlichen Lasten untereinander zu bestimmen (§ 4 E.G. z. Z.V.G.).

Die öffentlichen Lasten sind bis zum Zuschlag aus dem Grundstück zu befriedigen, von da ab von dem Ersteher zu tragen (§ 56 Z.V.G.). Die regelmäßig wiederkehrenden Lasten sind nach dem Verhältnisse der Dauer der Verpflichtung auf das Jahr zu verteilen (§ 103 B.G.B.). Soweit die öffentlichen Lasten nicht die Verpflichtung zu wiederkehrenden Lasten enthalten (s. unter III), also eigentliche Reallasten nicht sind, sind sie von dem zu tragen, welcher zur Zeit der Fälligkeit der Verpflichtete ist.

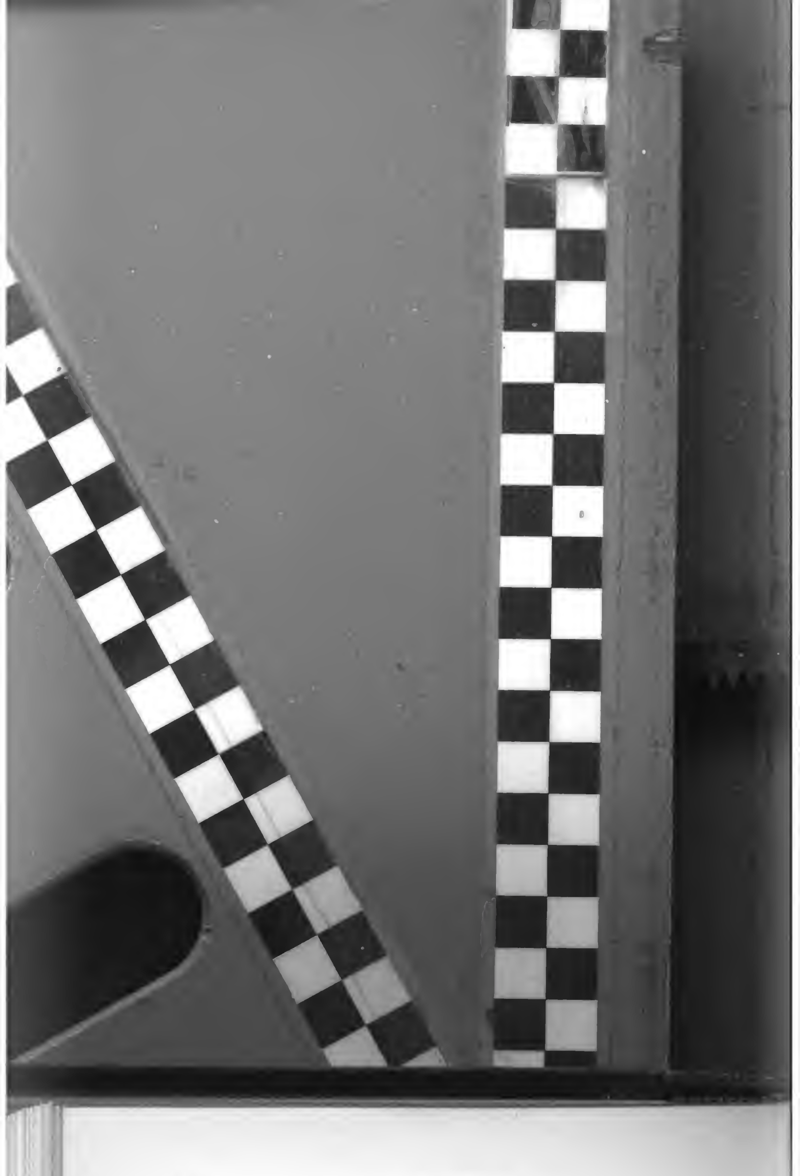
II. Öffentliche Reallasten können unmittelbar durch das Gesetz, z. B. die Steuern, Deichlasten, oder durch Anordnung der Behörden auf Grund des Gesetzes, z. B. die Sielbeiträge, oder aber auch auf Grund eines Vertrages zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten entstehen, z. B. die Wasserbeiträge. Doch wird dieser Vertrag auf Grund der gesetzlich vorgeschriebenen Bedingungen abgeschlossen.

III. Das Hamburgische Recht hat die öffentlichen Lasten im § 2 A.G. z. Z.V.G. aufgezählt. Diese Aufzählung ist an sich nur maßgebend für die Zwangsversteigerung. Sie enthält auch nicht nur eigentliche Reallasten, da verschiedenen der aufgeführten Lasten das wesentliche Merkmal der „wiederkehrenden Leistungen" fehlt, sich diese vielmehr in einmaliger Leistung erschöpfen, z. B. die Straßenbeiträge. Doch enthält die Aufzählung alle öffentlichen Reallasten des Hamburgischen Rechts.[5] Über die Befugnis des Landesrechts nach dieser Richtung Vorschriften zu treffen, s. § 100 V.

§ 2 A.G. z. Z.V.G. bestimmt, daß als öffentliche Lasten eines Grundstücks anzusehen und im Zwangsversteigerungsverfahren nach folgender Rangordnung, bei gleichem Range nach dem Verhältnis ihrer Beträge, zu berichtigen sind (s. I 4):

---

5) Deshalb fällt z. B. die Einkommensteuer nicht mit hierunter; vgl. Beibl. 1907 Nr. 89.



1. die zur Erfüllung der Deichpflicht erforderlichen Beiträge und Leistungen.[6]

Dies bezieht sich nicht nur auf die ordentliche, sondern auch auf die außerordentliche Deichlast, sowie auf die Vergütungen, welche ein Deichpflichtiger wegen versäumter Nothilfe zu leisten hat[7] (§§ 42, 43 Deichordn. vom 4. März 1889). Auch die in der Stadtmarsch zu entrichtende Deichsteuer fällt hierunter.[8]

2. die staatliche Grundsteuer einschließlich der Beitreibungskosten.[9] Während der Staat früher ein Vorzugsrecht nur für die Rückstände der letzten zwei Jahre hatte, hat er jetzt ein solches für die ganze rückständige Grundsteuer, und zwar für zwei Jahre in der 3. Rangklasse, für den Rest in der 7. Rangklasse (§ 10 Ziff. 2 Z.V.G.).

3. die ordentlichen und außerordentlichen Zulagen zur Hamburger Feuerkasse;[10] die für das Feuerlöschwesen von den Grundeigentümern zu leistenden Beiträge, sowie die Beitreibungskosten.[10]

a) Feuerkassenbeiträge sind von den bei der Feuerkasse Versicherten als ordentliche Zulagen — jährliche Beiträge — oder als außerordentliche Zulagen nach Maßgabe des Gesetzes betr. die Hamburger Feuerkasse vom 20. Februar 1885 zu entrichten. Sie sind öffentliche Abgaben.

b) Löschbeiträge können den Grundstücken entweder auf Grund des Gesetzes wegen des Feuerlöschwesens vom 2. März 1868[11] oder auf Grund örtlicher Feuerlöschordnungen, z. B. derjenigen vom 1. Oktober 1896[12] für Bergedorf, obliegen. Sie sind öffentliche Abgaben.

---

6) Dies entspricht auch dem früheren Recht. Nach § 22 Deichordn. v. 4. März 1889 haftet die Deichlast vor allen anderen Lasten auf den deichpflichtigen Grundstücken.

7) Vgl. § 95 III.

8) Vgl. § 4 Ges. v. 18. Sept. 1885 betr. die Deichverhältnisse der Stadtmarsch.

9) Vgl. §§ 3, 15 Grundsteuerges. v. 4. Juli 1881. Die auf Grund von § 13 dieses Ges. geschuldeten Strafgelder sind keine öffentliche Last, sondern eine persönliche Schuld des säumigen Grundeigentümers. Vgl. Wulff III S. 395 Anm. 2.

10) Vgl. §§ 19, 20, 32 ff., 38 ff. Ges. v. 20. Febr. 1885; Art. IV § 3 Ges. v. 20. April 1891.

11) Vgl. Wulff II S. 221. Dazu das Ges. v. 19. Juni 1891 (Wulff II S. 227) betr. Übernahme des Feuerlöschwesens auf den Elbinseln durch den Staat.

12) Vgl. das Verzeichnis der geltenden Löschordnungen bei Wulff II S. 228, 229.

4. die von den Grundeigentümern zu leistenden Wasserbeiträge,[13] und zwar

a) die der Hamburgischen Stadtwasserkunst zu leistenden Vergütungen (s. § 96 IV). Diese Leistungen enthalten sowohl die regelmäßige Vergütung für die Lieferung des Wassers, als auch die einmalige Vergütung, den Kaufpreis eines Unterwassermessers, die Kosten der Prüfung eines Wassermessers.

b) die in Cuxhaven auf Grund des Gesetzes vom 18. Mai 1896 zu leistenden Vergütungen. Hier gehört auch die Wassermessermiete zu den öffentlichen Lasten, welche in Hamburg nicht mehr besteht.

c) die in Bergedorf zu leistenden Wasserbeiträge.[14]

Diese Leistungen sind nicht dem Staate oder einer öffentlichen Anstalt zu machen (Art. 114 E.G. z. B.G.B.). Trotzdem bedürfen sie nicht der Eintragung im Grundbuch, da sie dem dem Landesrecht vorbehaltenen Gebiet des Wasserrechts angehören.

5. Auf bau- und straßenrechtlichen Vorschriften beruhende Leistungen:

a) die Kosten für die Wiederherstellung des öffentlichen Grundes im Falle der Benutzung desselben durch den Privaten (§ 85 Baupolizeiges.);

b) die Sielbeiträge und Kosten des Sielanschlusses[15] auf Grund des Baupolizeigesetzes (§§ 93 Ziff. 2, 94 Ziff. 2) und des Gesetzes vom 18. Mai 1896 für Cuxhaven;

c) die Trottoirbeiträge[16] (§§ 97, 99, 100 Baupolizeiges.);

d) die Straßenbeiträge[17] (§§ 106, 108, 122 Baupolizeigesetzes);

---

13) Nach dem früheren Recht hatte der Wasserbeitrag nicht den Charakter als öffentliche Last. Aber damals wurde schon das Wassergeld als dingliche Last behandelt, denn nach gesetzlicher Bestimmung (§ 12 Regulat. v. 10. Nov. 1893, § 8 Ges. v. 18. Mai 1896) trat bei einem Eigentumswechsel der neue Eigentümer ohne weiteres in die Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Wasserversorgungsvertrage ein.

14) Vgl. § 4 Wasserwerksordnung der Stadt Bergedorf v. 15. März 1907 (Amtsbl. 1907 S. 285).

15) Vgl. § 94 III 6. In Cuxhaven hatte der Sielbeitrag früher nicht den Charakter als öffentliche Last. Da er dort auch dem Staate geschuldet wird, fällt er unter Art. 114 E.G. z. B.G.B.

16) Die Trottoirbeiträge galten früher nicht als öffentliche Last. Vgl. Brandis-Abraham S. 465 Nr. 6. Im übrigen vgl. über die Trottoirbeiträge § 89 III 1 c.

17) Vgl. § 89 III 1 a, b.

e) der Hauptteil der Bauabgabe (§ 128 Ziff. 1 Baupolizeigeſ.);

f) die Entſchädigungsbeträge beim Zuſammenlegungsverfahren[18] (§ 9 Abſ. 4 Bebauungsplangeſ.);

g) die Abfuhrkoſten nach § 16 des Geſetzes betr. die Beſeitigung der Abwäſſer uſw. vom 30. Juni 1899;

h) die Renten, in welche gemäß § 130 Baupolizeigeſ. die vorerwähnten Siel- und Straßenbeiträge, ſowie die Entſchädigungsbeträge beim Zuſammenlegungsverfahren umgewandelt werden können;[19]

i) die Entſchädigung für die Reinigung der Privatſtraßen durch den Staat (§ 72 Straßenordn.).

Über die Buchungsfähigkeit dieſer Laſten ſ. I b. Man wird außer den Renten auch die vorſtehend aufgeführten einmaligen Leiſtungen nach dem Baupolizeigeſetz für buchungsfähig anſehen müſſen.

6. die dinglichen Laſten aller Art, die ſich aus der Zugehörigkeit zu einem Gemeindeverband oder einer ſonſtigen öffentlichrechtlichen Körperſchaft oder Intereſſentſchaft oder aus der Verpflichtung zur Herſtellung und Unterhaltung öffentlicher Wege und Waſſerläufe ergeben. Hierunter fallen

a) alle von den Grundſtücken zu entrichtenden Gemeindeabgaben im weiteſten Sinne, vor allem die von den Gemeinden erhobenen Grundſteuern;[20]

b) die ſog. gemeinen Laſten. Für die gemeinen Laſten iſt nach dem § 2 Nr. 6 A.G. z. Z.V.G. das Zuſammentreffen folgender Umſtände weſentlich:

α) Sie müſſen auf Geſetz, Satzung oder Herkommen beruhen. Das Herkommen kann auf jede Weiſe bewieſen werden.

β) Sie müſſen für die Zwecke der Gemeinde oder einer ſonſtigen öffentlichrechtlichen Körperſchaft oder Intereſſentſchaft[21] oder für die

---

18) Vgl. § 75.

19) Dieſe Renten galten auch früher ſchon als öffentliche Laſten und waren mit dem „Privilegium der Grundſteuer" verſehen. Sie rangieren jetzt aber nicht mehr mit der Grundſteuer, welche ſich in der zweiten Rangklaſſe befindet, ſondern in der fünften Klaſſe der öffentlichen Laſten.

20) Vgl. Art. 99 Ziff. 4 der Verfaſſung.

21) Solche Intereſſentſchaften ſind Verbände von Intereſſenten, welche entweder mehr als eine Gemeinde oder nicht alle Mitglieder einer Gemeinde umfaſſen. Sie werden namentlich für Gemeindeländereien gebildet, deren Benutzung nur gewiſſen Grundeigentümern als ausſchließliche Berechtigung zuſteht (vgl. Art. 19 Landgemeindeordn. v. 12. Juni 1871; Wulff I S. 80). Als ſolche öffentlichrechtliche Intereſſentſchaft gilt auch diejenige der Eigen-

Herstellung oder Unterhaltung der öffentlichen Wege[22] oder Wasserläufe begründet sein.

γ) Die Lasten müssen auf dem Grundstück haften.

Die gemeinen Lasten sind nach dem Gewohnheitsrecht in weitem Umfange buchungs f ä h i g. Buchungs p f l i c h t i g sind sie nicht, da sie ausschließlich dem Vorbehaltsgebiet der Landesgesetzgebung, insbesondere dem Agrarrecht des Art. 113 E.G. z. B.G.B. oder dem Wasserrecht (Art. 65 E.G.) angehören.

7. Der S c h o r n s t e i n f e g e r l o h n.

Es kann fraglich sein, ob es zulässig ist, dem Fegelohn, einer aus einem rein obligatorischen Rechtsverhältnis entspringenden Forderung, den Charakter der öffentlichen Last zu gewähren. Diese Frage ist zu bejahen. Es war zulässig, in dieser Beziehung das frühere Recht aufrechtzuerhalten, welches den Fegelohn mit diesem Privileg versehen hatte.[23] Denn die Verpflichtung, die Schornsteine regelmäßig durch eine staatlich zugelassene Person reinigen zu lassen, ist den Hausbesitzern im feuerpolizeilichen Interesse auferlegt, also eine öffentlichrechtliche Verpflichtung. Demgemäß wurzelt auch die Verpflichtung zur Zahlung des Kehrlohns im öffentlichen Recht.[24]

Das Privileg bezieht sich nur auf den eigentlichen Fegelohn,[25] nicht auf diejenigen Ansprüche, welche die Schornsteinfeger für sonstige Arbeiten, insbesondere für die Instandsetzung der Schornsteine von Neubauten[26] erheben.

---

tümer der ehemals zehntpflichtigen Grundstücke in Kirchwärder. Die von diesen Grundstücken zu entrichtenden Beiträge zur Verzinsung der zwecks Ablösung der Zehntlast im Jahre 1844 aufgenommenen Anleihe hatten schon früher ein Vorzugsrecht im Konkurse. Durch authentische Interpretation (Ges. v. 17. Juli 1907) wurde gesetzlich festgestellt, daß diese Beiträge auch jetzt zu den öffentlichen Lasten gehören (vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1907 S. 773). S. auch S. 126.

22) Vgl. § 91 II.

23) Nach § 12 des Zwangsvollstreckungsges. v. 14. Juli 1879 bestand das Privileg für den aus den letzten zwei Jahren rückständigen Schornsteinfegerlohn, und zwar wurde dies in den Motiven (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1879 S. 152) damit begründet, daß den Schornsteinfegern, die im öffentlichen Interesse zu ihren Leistungen verpflichtet seien, Ersatz zu gewähren sei für das auf Rat- und Bürgerbeschluß von 1775 beruhende, durch die K.O. aber in Wegfall kommende Privilegium derselben im Konkurse.

24) Vgl. auch die Vorschrift in § 368 Ziff. 4 S.G.B., sowie F i s c h e r - S c h a e f e r, Zwangsvollstr. in das unbewegl. Vermögen S. 185.

25) Der Kehrlohn ist genau festgesetzt durch § 4 Abs. 2 Ges. v. 6. März 1899 betr. die Einrichtung von Kehrbezirken sowie durch die Kehrtaxen vom 5. Juli 1901 (für die Stadt Hamburg) und vom 30. Mai 1900 (für das Landgebiet).

26) Vgl. W u l f f III S. 396 Anm. 8.



§ 102. Die Renten.

I. Entwicklung der Renten in Hamburg.

1. Die älteste Form der Belastung eines Grundstücks war diejenige des Erbzinses, worunter der Wurtzins und die gekaufte Rente zusammengefaßt wurde. Der Wurtzins oder die Grundhauer[1] bildete die Leistung, welche beim Verkauf eines Grundstücks dem Käufer dauernd aufgelegt wurde. Die Rente wurde dagegen gekauft, indem der Besitzer eines Grundstücks sich bei der Aufnahme eines Darlehns dem Darleiher gegenüber zu einer regelmäßig wiederkehrenden Leistung aus dem Grundstück verpflichtete.[2] Beide Formen wurden als Renten bezeichnet und im ganzen gleichartig behandelt. Aus der gekauften Rente, welche ihrer Entstehung nach mit dem Hypothekenrecht in engster Verwandtschaft stand, entwickelten sich später die Hypothekposten des neueren Rechts.

Es wurde schon früh Sitte, das Recht auf die Rente durch Auflassung vor dem Rate zu sichern. Doch war die Eintragung für die Entstehung der Rente nicht wesentlich. Nicht eingetragene Renten kamen häufig vor und wurden als rechtsbeständig anerkannt, sie haben sich vereinzelt bis heute erhalten.[3] Dem Rentegläubiger hafteten die Einkünfte des Grundstücks, welches er bei Nichtzahlung durch Ausübung des Expulsionsrechtes an sich bringen konnte. Die Rente war, falls nichts anderes vereinbart war, in halbjährigen Raten zu entrichten.

2. Bis gegen Ende des 17. Jahrhunderts wurden fast nur Renten als Belastungen des Grundstücks in den Rentebüchern verzeichnet. Dann entwickelte sich erst die Form des Kapitalpostens, welche bald die Oberhand gewann (s. § 104 II). Doch haben sich neben den Kapitalposten die Renteposten bis in die neueste Zeit erhalten.

3. Die wichtigste Seite der Renten, welche die Gesetzgebung im Lauf der Jahrhunderte wiederholt beschäftigt hat, ist diejenige ihrer Lösbarkeit.

a) Ursprünglich war die Frage der Lösbarkeit der Renten der freien Vereinbarung überlassen, nur war be-

---

1) Die Grundhauer ist im § 8 des Ges. v. 4. Dez. 1868 besonders erwähnt und als Rente bezeichnet, gegen welche dem Erwerber eines Grundstücks Grundeigentum zugeschrieben werden kann.

2) Vgl. Baumeister I S. 159 f.

3) Vgl. Schlüter, Traktat von den Erben S. 815; Baumeister I § 23 Anm. 19, 20; Niemeyer S. 83; Mittelstein S. 101.

stimmt, daß die Rente eine immerwährende werden solle, falls der Schuldner sie nicht in bestimmter Zeit zurückkaufe.[4]

b) Seit dem 15. Jahrhundert wurde die Befugnis zur Bestellung *immerwährender* Renten den Privaten abgesprochen und nur dem Fiskus, Testamenten und milden Stiftungen vorbehalten.[5]

c) *Lösbare Renten* waren ursprünglich nur von *seiten des Verpflichteten ablösbar*, auch wenn eine Ablösungssumme im Rentebuch eingetragen war.[6] Seit dem letzten Drittel des 16. Jahrhunderts drang die Ansicht durch, daß solche Renten von *beiden Seiten kündbar* seien.[7] In dem Reichs-Deputationsabschied von 1600 wurde der Vertrag für üblich und zulässig erklärt, daß bei Verzug in der Rentenzahlung auch dem Gläubiger die Kündigung zur Ablösung freistehen solle, und später eine dahingehende Vereinbarung auch auf andere Vereinbarungen ausgedehnt.[8]

Das *Münzedikt vom 8. April 1622*[9] geht schon davon aus, daß *alle Renten*, welche nicht ausdrücklich als immerwährende oder unablösbare bezeichnet sind, *nicht nur vom Verpflichteten, sondern auch vom Berechtigten gekündigt werden können.*[10]

d) Die *Art und Weise der Ablösung* ist eine verschiedene, je nach der Zeit, in welcher die Renten entstanden sind. Da sich aus alter Zeit noch viele Renten erhalten haben, so kommen die Ablösungsvorschriften noch heute zur Anwendung.

α) Der Zinsfuß, nach welchem die Renten abgelöst wurden, schwankte vom 13. bis zum Anfang des 16. Jahrhunderts zwischen 10 und 5 %.[11]

---

4) Vgl. *Baumeister* I S. 166 Anm. 39.

5) Vgl. *Baumeister* I S. 167; *Mittelstein* S. 101.

6) Vgl. Beibl. 1879 Nr. 9; *Mittelstein* S. 101 Anm. 4.

7) Vgl. Beibl. 1878 Nr. 36; 1904 Nr. 76.

8) Vgl. *Baumeister* I S. 169.

9) Vgl. *Wulff* III S. 303. Das Münzedikt ist vom Rate einseitig ohne Mitwirkung der Bürgerschaft erlassen worden. Doch ist die Gesetzeskraft des Ediktes nicht nur von der gerichtlichen Praxis (Beibl. 1878 Nr. 55; 1890 Nr. 53), sondern auch dadurch anerkannt worden, daß die spätere Gesetzgebung wiederholt auf das Münzedikt Bezug nahm, z. B. § 5 der Ver. v. 29. Juni 1849 über die Aufhebung und Ablösbarkeit der Abgaben usw., § 44 des Ges. v. 4. Dez. 1868 betr. Grundeigentum und Hypotheken, § 10 Expropriationsges. v. 5. Mai 1886.

10) Vgl. *Benjamin*, Die Bedeutung der vor dem Jahre 1849 mit Ablösungssummen eingeschriebenen Renten in den Rentenbüchern der Stadt Hamburg S. 63 ff.

11) Vgl. *Baumeister* I S. 166. Im 16. Jahrhundert war regelmäßig 1 Mk. Rente mit 15 Mk. zu lösen; das ergab an sich $6^2/_3$ %. Da aber die Rente in Mark Lübisch, das Kapital in Markstücken gezahlt wurde und

β) Durch das Münzedikt vom 8. April 1622⁹ wurde der Ablösungssatz für die vorher eingetragenen Renten, das sog. „alte Geld", festgesetzt, und dieser Satz ist auch heute für diese Renten noch maßgebend. Danach ist zu unterscheiden, ob der Gläubiger oder der Schuldner kündigt. Kündigt der Gläubiger, so muß er sich mit der zur Zeit der Auszahlung gangbaren Münze begnügen. Kündigt dagegen der Schuldner, so muß er die Zahlung in der zur Zeit der ersten Inskription gangbaren Münze,[12] resp. deren damaligen Wert entrichten; dies gilt auch dann, wenn der Schuldner durch seinen Verzug dem Gläubiger Veranlassung zur Kündigung gegeben hat; es muß aber ein so erheblicher Verzug vorliegen, daß der Gläubiger tatsächlich mit Rücksicht hierauf zur Kündigung genötigt wird.[13]

Im Falle der Expropriation wird die Rente so abgelöst, als ob sie vom Schuldner gekündigt wäre (§ 10 h Expropriationsges.).

e) Neue Vorschriften über die Ablösung der Renten brachte die Verordn. vom 29. Juni 1849 über die Aufhebung und Ablösbarkeit der in den §§ 35 und 36 der Grundrechte des deutschen Volkes erwähnten Abgaben und Leistungen[14] (s. § 100 IV). Diese Bestimmungen wurden durch § 44 des Gesetzes vom 4. Dezember 1868 betr. Grundeigentum und Hypotheken aufrechterhalten. Aus dem Zusammenhalt der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften ergibt sich folgendes:

α) Alle immerwährenden Renten, Grundmieten und Grundhauern sind seit dem 29. Juni 1849 ablösbar. Neue unablösbare Renten oder immerwährende Grundmieten dürfen seit diesem Tage nicht mehr ausbedungen werden, vielmehr ist bei Festsetzung einer dauernden, d. h. bis zu der vom Willen des Grundeigentümers abhängigen Ablösung laufenden Rente die Ablösungssumme bei der Eintragung gleich mit einzutragen (§§ 4, 10 Verordn.). Letzteres schreibt auch § 11 Gesetz vom 4. Dezember 1868 ausdrücklich vor.

---

da diese beiden Münzen im Werte sich wie 3:4 verhielten, so betrug der Zinsfuß tatsächlich 5 % (Schlüter, Traktat von den Erben S. 830).

12) Die Bedeutung dieser Vorschrift liegt in dem in Anm. 11 erwähnten verschiedenen Berechnungen der Rente und des Kapitals. Tatsächlich ist nach dem damaligen Münzfuße jede Mark Rente alten Geldes nicht, wie in der Eintragung ausgesprochen, mit 15, sondern mit 30 Mk. Speziesbanko abzulösen. S. das Nähere bei Wulff III S. 306, 307, wo auch eine ausführliche Umrechnungstabelle mit Angaben über den Wert des Geldes von 1519 bis 1622 sich befindet.

13) Vgl. Mittelstein S. 98 f.; Beibl. 1890 Nr. 53.

14) Vgl. Wulff III S. 301.

β) Die Ablösung aller seit dem 29. Juni 1849 begründeten Renten kann, soweit nicht etwas anderes erhellt, nur auf Antrag des Grundeigentümers erfolgen. Dies bestimmt § 44 Gesetz vom 4. Dezember 1868 ausdrücklich für die bis dahin begründeten Renten, doch hat dies auch auf die seither auf Grund von § 11 des Gesetzes vom 4. Dezember 1868 begründeten Renten zur Anwendung zu kommen.[15]

γ) Soweit nicht etwas anderes in der Eintragung bestimmt ist, sind die vor 1622 eingetragenen Renten nach Maßgabe des Münzedikts, die später eingetragenen mit 30 Spec. Banko Mark für jede Mark Kurant abzulösen (§ 5 der Verordn.), und zwar im Zweifel auf Antrag sowohl des Berechtigten als auch des Verpflichteten (s. unter c).

δ) Nach erfolgter Ablösung ist die Eintragung im Grundbuch zu löschen.

Die Rente kann auf Antrag des Schuldners im Grundbuch auch umgeschrieben werden, eine Umwandlung in eine Hypothek aber ohne Zustimmung der im Range nachstehenden Berechtigten nicht erfolgen (§ 8 Verordn.). Über die Umwandlung nach neuem Recht s. unter IV.

4. Zur Begründung der Rente war früher die Eintragung nicht erforderlich. Nicht eingetragene Renten haben sich bis in die neuere Zeit erhalten.[16] Streitig war jedoch, ob dieselben gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs wirksam waren. Im Zwangsversteigerungsverfahren mußten sie angemeldet werden, um gegenüber dem Ersteher des Grundstücks zu wirken.[17] Baumeister vertrat weiter die Ansicht, daß die dingliche Kraft der Renten von ihrer Eintragung abhinge.[18] Danach können nicht eingetragene Renten gegen den freiwilligen Erwerber des Grundstücks nur dann geltend gemacht werden, wenn er von ihrer Existenz zur Zeit des Erwerbes Kenntnis hat.

---

15) Vgl. Beibl. 1904 Nr. 76, 145; Mittelstein S. 101; Niemeyer S. 84. Die Hinzufügung eines bestimmten Termins in der Eintragung für die Ablösung bedeutet im Zweifel nicht, daß der Verpflichtete erklärt, an diesem Termin das Kapital auszahlen zu wollen, sondern nur, daß vorher eine Ablösung nicht erfolgen soll. Eine Eintragung, in welcher sich der Schuldner verpflichtet, an einem bestimmten Tage das Rentenkapital zurückzuzahlen, ist, weil gegen gesetzliche Vorschriften verstoßend, nichtig.

16) Vgl. Beibl. 1882 Nr. 98; Baumeister I S. 163 Anm. 20; Niemeyer S. 84; Mittelstein S. 101 4 d.

17) Vgl. § 7 Ziff. 1 Z.V.G. v. 14. Juli 1879; dazu Mittelstein S. 185.

18) Vgl. I S. 162; Mittelstein S. 53, 102. A.M. Beibl. 1882 Nr. 98; Niemeyer S. 84.



5. Der **Besitzer des Grundstücks**, auf welchem die Rente lag, haftete **persönlich** mit seinem ganzen Vermögen für die Zahlung des Rentepostens (§ 33 Gesetz vom 4. Dezember 1868), und zwar war diese Haftung nicht subsidiär, wie bez. des Kapitals der Hypotheken.

II. Die rechtliche Natur der Renten.

1. Dieselbe ist nicht ganz unbestritten. Überwiegend [19] wurden die Renten dem allgemeinen Begriff der Reallasten subsumiert, wenngleich ein Teil der erhalten gebliebenen Renten des Hamburgischen Rechts, nämlich die sog. Renteposten, wesentlich den Charakter der Kreditrente haben und in enger Verbindung mit den Hypotheken stehen. Dagegen haben die übrigen Renten, insbesondere die nicht eingetragenen, wahren Reallastcharakter. Die Entwicklung des Hamburgischen Rentenbegriffs fand ihren Abschluß im Gesetz vom 4. Dezember 1868, welches die Renteposten mit den Kapitalposten unter dem gemeinsamen Ausdruck der Hypothekposten zusammenfaßte und grundsätzlich von den sonstigen Reallasten schied.[20]

2. Dieser Charakter der Hamburgischen Renten läßt es fraglich erscheinen, wie dieselben unter dem neuen Recht zu behandeln sind. Es kommt namentlich in Frage, ob dieselben durch Art. 195 E.G. z. B.G.B., welcher eine frühere Grundschuld in eine solche im Sinne des B.G.B. umwandelt, zu Grundschulden geworden sind. Dies hängt davon ab, ob unter dem Begriff der Grundschuld im Art. 195 auch die Rentenschuld mit verstanden ist, was zu verneinen ist. Nach dem B.G.B. (§ 1190) ist zwar die Rentenschuld des B.G.B. zweifellos eine Grundschuld, sie ist eine Unterart derselben und ihr wird der normale Fall der Grund-

---

19) Vgl. Baumeister I § 23 a.A.; Niemeyer S. 83; Mittelstein S. 53; Melchior, Ausführungsges. S. 37 Anm. 1; Stobbe, Deutsches Privatrecht II § 284; Habicht S. 504. Die Kreditrente hatte sich nach Roth (Deutsches Privatrecht § 288) außer in Hamburg nur noch in Lübeck und München (unter dem Namen Ewiggeld, s. Oertmann S. 495) erhalten. Vgl. auch Mot. z. Entw. des B.G.B. III S. 632.

20) Dies ergibt sich, wenn man den hauptsächlich von den Reallasten handelnden § 24 des Ges. v. 4. Dez. 1868 mit den von den Renten handelnden Bestimmungen (z. B. §§ 11, 28) vergleicht. Allerdings ist dem O.L.G. (Beibl. 1904 Nr. 145) darin nicht zuzustimmen, daß der Gesetzgeber die Renten als „Belastungen des Grundstücks", die Reallasten dagegen als „Beschränkungen des Nutzungsrechts des Grundstücks" bezeichnet haben soll. Denn nicht nur lautet die Überschrift von § 24 Nutzungsbeschränkungen **und** Reallasten, sondern der Paragraph stellt auch ausdrücklich die Beschränkung des Benutzungsrechts, namentlich durch Einräumung von Servituten, der Belastung des Grundstücks mit Reallasten gegenüber. Immerhin ist nicht zu bezweifeln, daß die ausdrücklich geregelten Rechtsverhältnisse der Renten nicht unter den § 24 fallen.

schuld unter der Bezeichnung als gewöhnliche Grundschuld (§ 1203) gegenübergestellt. Immerhin erwähnt das B.G.B. die Rentenschuld an vielen Stellen ausdrücklich neben der Grundschuld.[21] Auch ergeben die Vorberatungen zum B.G.B.,[22] daß die Rentenschuld neben der Grundschuld als ein selbständiges Rechtsinstitut hingestellt werden sollte. Demnach sieht das E.G. z. B.G.B. die Umwandlung der Rente des alten Rechts in eine der Formen des neuen Rechts ausdrücklich nicht vor.[23] Es kommt vielmehr Art. 184 zur Anwendung, welcher dies dingliche Recht mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebenden Inhalte und Range bestehen läßt, der Landesgesetzgebung aber die Befugnis gewährt, die Vorschriften über die alten Renten zu ändern.

3. Auf diesem Standpunkt hat auch der Hamburgische Gesetzgeber gestanden, indem er anordnete, daß ein vor dem Zeitpunkte, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, eingetragener Rente- oder Altgeldposten[24] von diesem Zeitpunkt ab in eine Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld umgewandelt werden könne (§ 50 A.G. z. B.G.B.).[25]

Neue Renten können auf Grund des alten Rechts seit dem Inkrafttreten des B.G.B. nicht mehr begründet werden.

III. Für die nicht umgewandelten Renten ist das alte Recht bestehen geblieben. In dieser Beziehung ist besonders zu beachten:

1. Dies gilt namentlich von den Kündigungs- und Ablösungsbestimmungen (s. I 3 d). Soweit eine Kündigung zulässig und etwas anderes nicht bestimmt ist, ist sie nur mit sechsmonatiger Frist auf den 1. Januar, April, Juli und Oktober gestattet (§ 41 Gesetz vom 4. Dezember 1868).

2. Die Fälligkeitstermine für die Renten, welche halbjährlich zu entrichten sind, sind dieselben Termine wie die Kündigungstermine (§ 39 Gesetz vom 4. Dezember 1868).

---

21) Z. B. in der Überschrift von Buch III Abschnitt 8, sowie in der Überschrift zum zweiten Titel dieses Abschnitts, ferner in den §§ 232, 238, 1291. Vgl. auch §§ 25, 325, 592 Z.P.O.

22) Vgl. Prot. der II. Komm. III S. 777 f., Bericht der Reichstagskomm. über den Entw. des B.G.B. (Ausgabe Heymann) S. 75.

23) Das ist auch die einstimmige Ansicht derjenigen, die sich bislang mit dieser Frage befaßt haben. Vgl. Beibl. 1904 Nr. 145; 1907 Nr. 101; Mittelstein, Das Hypothekenrecht des B.G.B. S. 238 Anm. 1; Wulff III S. 30 Anm. 5; Habicht S. 504 Anm. 3.

24) Vgl. S. 580.

25) Dieser Paragraph ist erst am 1. Februar 1900, dem Zeitpunkte, da das Grundbuch als angelegt galt, in Kraft getreten.

3. Der Grundeigentümer haftet persönlich für die Zahlung des eingetragenen Rentepostens (s. I 5).

4. Nicht eingetragene Renten bestehen weiter, soweit sie nach früherem Recht rechtsbeständig waren. Sie unterliegen aber jetzt dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs und verlieren ihre Wirksamkeit gegenüber einem Dritten, welcher gutgläubig durch Rechtsgeschäft — nicht unentgeltlich (§ 816 Abs. 1 Satz 2) — das Eigentum oder ein anderes Recht an dem Grundstück erwirbt (§ 892 B.G.B.).

Eingetragen werden die Rentenposten des alten Rechts in Abt. III des Grundbuchs, die übrigen Renten[26] mit den Reallasten in Abt. II.

5. Gegen ordnungsmäßige Auszahlung der Rente ist der bisherige Rentengläubiger verpflichtet, die Anweisung des Auszahlenden darüber, ob der Posten getilgt oder einem Andern zugeschrieben werden soll, zu befolgen. Dem bisherigen Rentengläubiger fallen aber immer nur die Kosten der Tilgung zur Last (§ 42 Gesetz vom 4. Dezember 1868).

6. Zur Löschung einer Rente ist die Zustimmung des Grundeigentümers nicht erforderlich.[27]

7. Ein Brief kann über alte Renten nicht gebildet werden.

IV. Die Umwandlung der alten Renten.

1. Die Umwandlung der alten Renten bezieht sich nur auf die eingetragenen Rentenposten.[28]

2. Die Umwandlung erfordert die Einigung der Parteien und die Eintragung im Grundbuch. Die Eintragung erfolgt auf Bewilligung des Gläubigers und des Eigentümers und auf Antrag eines von beiden.

3. Zu der Umwandlung ist weiter die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten erforderlich, wie es auch nach früherem Recht der Fall war (I 3 e δ). Denn durch die Umwandlung wird das Recht dieser Berechtigten betroffen (§ 19 G.B.O.).[29] Gegenüber dieser Vorschrift der G.B.O. hätte der Gesetzgeber eine be-

---

26) Dazu gehören auch die buchungsfähigen öffentlichen Lasten (s. § 101 I 1).

27) Vgl. Melchior, Ausführungsges. S. 37. § 27 Abs. 1 G.B.O. trifft hier nicht zu.

28) A. M. Wulff III S. 31 Anm. 3, der auch nichteingetragene Renten umwandeln lassen will. Der Wortlaut des § 50 A.G. spricht aber dagegen.

29) A. M. Wulff III S. 31 Anm. 4. Es ist aber Melchior (Ausführungsges. S. 38) zuzustimmen, welcher die Zustimmung der Berechtigten für notwendig hält. Das Interesse der nachstehenden Berechtigten an der Umwandlung ist ein bedeutendes. Einmal haben die Renten durchschnittlich

sondere Bestimmung treffen müssen, falls er die Zustimmung für entbehrlich hielt.

4. Erfolgt die Umwandlung in eine Hypothek oder Grundschuld, so ist das Kapital nicht höher als die Ablösungssumme, wo diese für Gläubiger und Schuldner verschieden ist, als die höhere Summe zu bestimmen. Es ist aber einheitlich festzusetzen.

5. Die Wirkungen der Umwandlung bestehen darin, daß das dingliche Recht, welches früher als Renteposten bestanden hat, nunmehr als Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld weiterbesteht. Durch die Umwandlung wird also kein neues dingliches Recht geschaffen, sondern nur das bisher bestehende inhaltlich geändert. Dementsprechend ist die Umwandlung in der für Veränderungen bestimmten Spalte des Grundbuchblattes einzutragen.[30]

6. Die Verzinsungs- und Rückzahlungsbedingungen bleiben infolge der Umwandlung unberührt; doch können sie bei der Umwandlung durch Vereinbarung abgeändert werden. Wesentlich ist aber, daß bei der Rentenschuld des heutigen Rechts nach § 1201 B.G.B. das Ablösungsrecht nur dem Eigentümer zusteht und daß dasselbe bei der Umwandlung in eine solche dem Gläubiger nicht eingeräumt werden darf. Demgemäß bleibt die Ablösungsbefugnis unverändert hinsichtlich der in Rentenschulden umgewandelten nach Erlaß der Ver. vom 29. Juni 1849 eingetragenen Renten, da diese auch nur vom Grundeigentümer gekündigt werden konnten. Dagegen wird durch eine solche Umwandlung die beiderseitige Lösbarkeit früher entstandener Renten beseitigt und können auch diese nur noch auf Antrag des Grundeigentümers abgelöst werden. Entgegenstehende Abmachungen aus früherer Zeit werden mit der Umwandlung hinfällig.

7. Die persönliche Forderung, welche bei den alten Renten neben der dinglichen Haftung besteht, bleibt auch bei der Umwandlung in eine Grundschuld und eine Rentenschuld bestehen. Sie wirkt aber nur gegen denjenigen, welcher zur Zeit der Umwandlung der Eigentümer des Grundstücks ist, persönlich und geht nicht von selbst auf dessen Singularnachfolger über.

---

einen Marktwert von nur zwei Dritteln der Ablösungssumme. Die Stellung der nachstehenden Gläubiger verschlechtert sich also um etwa ein Drittel der Lösungssumme. Auch beeinflußt die Umwandlung einer unkündbaren Rentenschuld in eine kündbare Grundschuld den Preis des Grundstücks. Die Bestimmungen der §§ 1186, 1198, 1203 B.G.B. beruhen auf den hier nicht in Betracht kommenden Bestimmungen über die Eigentümerhypothek.

30) Vgl. Planck III § 1198 Anm. 3.

Bei der Umwandlung der Rente in eine Hypothek können die Parteien Bestimmungen treffen über die Forderung, für welche das Grundstück haften soll. Sie können insbesondere in analoger Anwendung von § 48 A.G. z. B.G.B. (s. § 105) bestimmen, daß die Schuld, für welche das Grundstück haften soll, die persönliche Schuldverbindlichkeit des Grundeigentümers gegen den bisherigen Rentengläubiger sein soll.

8. Bei der Umwandlung der Rente in eine Rentenschuld des neuen Rechts treten vor allem folgende Veränderungen ein:

a) Die persönliche Forderung erhält einen anderen Charakter (siehe unter 7).

b) Bei den älteren Renten wird das Ablösungsrecht des Gläubigers aufgehoben (s. unter 6).

c) Künftig kann ein Rentenschuldbrief ausgestellt werden.

d) Der Eigentümer kann auf sein Ablösungsrecht höchstens für die Dauer von 30 Jahren verzichten (§ 1202 B.G.B.). Dem früheren Recht war eine solche Bindung unbekannt, es verbot nur die Begründung „immerwährender" Renten.[31]

§ 103. Die Altenteilsverträge.

I. Unter Altenteils- oder Leibzuchtsverträgen versteht man dem deutschen Bauernrecht eigentümliche, bei Abtretung eines Gutes abgeschlossene Verträge, durch welche Nutzungen und Leistungen zum Unterhalte des Abtretenden oder auch dritter Personen, und zwar gewöhnlich auf Lebenszeit vorbehalten werden.[1]

II. Das B.G.B. hat den Altenteilsvertrag nicht geregelt, da sich derselbe in den verschiedenen Gegenden Deutschlands ganz verschieden entwickelt hat und deshalb eine einheitliche Regelung nicht am Platze erschien. Nach Art. 96 E.G. z. B.G.B. bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über einen mit der Überlassung eines Grundstücks in Verbindung stehenden Altenteilsvertrag, soweit sie das sich aus dem Vertrag ergebende Schuldverhältnis für den Fall regeln, daß nicht besondere Vereinbarungen getroffen werden. Dieser Vorbehalt erstreckt sich nicht auf die ganze Materie der Altenteilsverträge.

31) Vgl. Beibl. 1904 Nr. 86 S. 128.

1) Vgl. Dernburg III S. 597; Seuff. Arch. 30 Nr. 161. Die Verträge werden auch als Leibgedinge, Leibzucht und Auszug bezeichnet, im Hamburgischen Gebiet aber meist Altenteil genannt.

1. Er läßt dispositive Bestimmungen der Parteien unberührt. Solche darf das Landesrecht nicht ausschließen. Dies ist von besonderer Bedeutung, da in Altenteilsverträgen meist ganz bestimmte Einzelheiten von den Parteien festgesetzt zu werden pflegen.

2. Der Altenteilsvertrag muß mit der Überlassung eines Grundstücks im Zusammenhange stehen, aber auf die dingliche Wirkung an sich bezieht sich der Vorbehalt nicht. Welcher Art der Zusammenhang mit der Überlassung des Grundstücks ist, ist nicht gesagt, insbesondere ist nicht vorgeschrieben, daß ein einheitlicher Vertrag vorliegen muß. Es genügt ein innerer Zusammenhang zwischen der Überlassung und dem Altenteilsvertrag derart, daß die Überlassung des Grundstücks den Anlaß zu dem Abschluß des Altenteilsvertrages gegeben hat.[2]

3. Von diesem Standpunkte aus gehört die Behandlung des Vorbehalts betr. den Altenteilsvertrag eigentlich in die Behandlung des Rechts der Schuldverhältnisse. Doch steht der Vertrag regelmäßig mit der Begründung dinglicher Rechte, namentlich von Grunddienstbarkeiten oder Reallasten, im direkten Zusammenhang, so daß es sich empfiehlt, im Anschluß an das Hauptwerk den Altenteilsvertrag an dieser Stelle abzuhandeln.[3] Denn auch für diese dinglichen Rechte ist eine landesrechtliche Zuständigkeit in gewissem Umfange auf Grund der Art. 113, 115 E.G. z. B.G.B. erhalten geblieben. Danach können die Landesgesetze bestimmen über Ablösung, Umwandlung oder Einschränkung des dinglichen Altenteilsrechts; über seine Begründung, Änderung und Aufhebung; sie können auch seine Entstehung untersagen oder beschränken sowie Inhalt und Maß desselben näher bestimmen (s. § 100 II).

III. In Hamburg bestehen keine gesetzlichen Vorschriften über den Altenteilsvertrag. Derselbe wird nur gelegentlich in einzelnen Gesetzen erwähnt.[4] Auch anläßlich des Inkrafttretens des neuen Rechts sind hierüber Vorschriften nicht getroffen

---

2) Vgl. Planck VI Art. 96 Anm. 1 a. E.; Oertmann S. 512.
3) Vgl. Dernburg III § 205.
4) Z. B. in § 24 Ges. v. 4. Dez. 1868 betr. Grundeigentum und Hypotheken (Anlegung von Klauseln für Altenteilsverträge), § 10 Ges. v. 1. März 1882 betr. die Immobilienabgabe (Abgabe bez. der Übertragung von Grundstücken in einem Altenteilsvertrage), § 8 Expropriationsges. v. 5. Mai 1886 (Entschädigung für Altenteilsrechte), Nr. 18 des Tarifs zum Ges. v. 5. Mai 1876 betr. die Stempelabgabe (aufgehoben), § 21 Abs. 2 der evang.-luther. Kirchenverfassung (Stimmrecht der Altenteiler bei Kirchenvorstandswahlen).



worden.[5] Demnach ist das in dieser Beziehung geltende gemeine bäuerliche Recht im Rahmen der unter II angegebenen Vorbehalte des E.G. erhalten geblieben.[6]

IV. Juristischer Charakter und Entstehung des Altenteilsvertrages.

1. Der juristische Charakter des Altenteilsvertrages ist an sich bestritten. Nach der im gemeinen Bauerrecht herrschenden Ansicht stellen sich gewohnheitsrechtlich die aus dem Altenteilsvertrage hervorgehenden Verpflichtungen des Grundeigentümers als eine Reallast dar, soweit diese Verpflichtungen in wiederkehrenden Leistungen bestehen, z. B. in der Gewährung von Lebensmitteln, Kleidung, Holz usw. Einzelne Verpflichtungen können sich auch als beschränkt persönliche Grunddienstbarkeiten darstellen, z. B. die Gewährung eines Wohnungs- oder Nutzungsrechts hinsichtlich bestimmter Grundstücke oder Gebäude.[7]

2. Zum Zustandekommen des dinglichen Rechts genügte früher der Abschluß eines Vertrages. Ein Altenteilsrecht als solches konnte nach früherem Recht in die Hypothekenbücher nicht eingetragen werden, da Grundstücke nur mit fest bestimmten in Geldsummen dargestellten Kapitalposten oder dauernden Renten belastet werden konnten (§ 11 Ges. vom 4. Dezember 1868). Es war daher für den Altenteil ein bestimmter Kapitalposten einzutragen mit der Klausel, daß er als Sicherheit für den Altenteil hafte.[8] Außerdem konnte der Altenteil in einer Klausel im Grundbuch anerkannt werden (§ 24 Ges. vom 4. Dezember 1868). Inwieweit ein Altenteilsvertrag, welcher nicht in solcher Weise anerkannt war, gegen den dritten Erwerber des Grundstücks wirkte, war streitig. Es kann hier auf dasjenige verwiesen werden, was oben (§ 102 I 4) in dieser Beziehung hinsichtlich der Renten ausgeführt worden ist.

5) Lübeck hat in seinem A.G. z. B.G.B. in den §§ 28—43 ausführliche Bestimmungen über das Recht der Altenteilsverträge getroffen, welche im wesentlichen als eine Kodifikation des in hiesiger Gegend geltenden gemeinen Rechts dieser Verträge erscheinen dürften.

6) Eine Beschränkung der Belastung eines Grundstücks mit Altenteilsrechten im Sinne des Art. 115 E.G. z. B.G.B. enthält § 24 des Ges. v. 4. Dez. 1868 nicht. Diese Vorschrift besagt nur, daß die an sich nicht notwendige Eintragung in die Grundbücher durch Anlegung einer Klausel geschehen kann. Vgl. Amtsger.Samml. 1904 S. 8.

7) Vgl. Dernburg III S. 598; Seuff. Arch. 30 Nr. 159; 35 Nr. 47; 36 Nr. 207; 48 Nr. 190; Entsch. des R.G. in Zivils. 27 S. 232; 33 S. 230; 43 S. 347. Die Ausdrucksweise in § 24 des Hamb. Ges. v. 4. Dez. 1868, welche anscheinend einen Unterschied zwischen dem Altenteil und den Reallasten aufstellt, steht dem nicht entgegen. Dort wird tatsächlich derselbe Standpunkt wie hier vertreten.

8) Vgl. Mittelstein, Grundeig. und Hyp. S. 31 Anm. 3.

3. Nach heutigem Recht ist die nicht eingetragene Reallast des Altenteils gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht wirksam (§ 892 B.G.B.). Auch wenn die Verpflichtung sich als eine persönlich beschränkte Dienstbarkeit darstellt, trifft dieser Grundsatz jetzt zu, da Art. 187 E.G. und §§ 44, 45 A.G. z. B.G.B. sich nur auf wahre Grunddienstbarkeiten beziehen.

4. Infolge dieser Rechtsänderung ergibt sich aus dem mit dem Vertrag über die Veräußerung des Grundstücks geschlossenen Altenteilsvertrag jetzt die Verpflichtung des Erwerbers zur Sicherung des dinglichen Rechts, welches mit dem Altenteil an sich verbunden ist, durch Eintragung im Grundbuche. Im Sinne der Parteien dürfte es durchweg liegen, daß sich der Grundstückserwerber verpflichtet, das dingliche Recht mit dem Range unmittelbar hinter den zur Zeit der Überlassung bestehenden Belastungen zu bestellen.[9]

5. Die Eintragung erfolgt in Abteilung II des Grundbuchs. Voraussetzung für die Eintragung ist die Feststellung des Gegenstandes der Reallast in einer solchen Weise, daß eine Umwandlung der Reallast in eine Geldforderung erfolgen kann. Doch genügt es, daß die einzelnen Leistungen bestimmt bezeichnet und der Gesamtwert des Altenteils in der Eintragung angegeben ist.[10] Es genügt aber auch, daß die einzelnen Leistungen sich aus der Eintragungsbewilligung ergeben, da auf dieselbe in der Eintragung Bezug genommen werden darf (§ 50 G.B.O.). Diese Eintragungsbewilligung kann im Altenteilsvertrage enthalten sein, so daß letzterer auf das dingliche Recht von unmittelbarem Einfluß wird.

6. Eine Form ist für den Altenteilsvertrag nicht vorgeschrieben. Er wird aber in der Regel mit dem Übereignungsvertrag

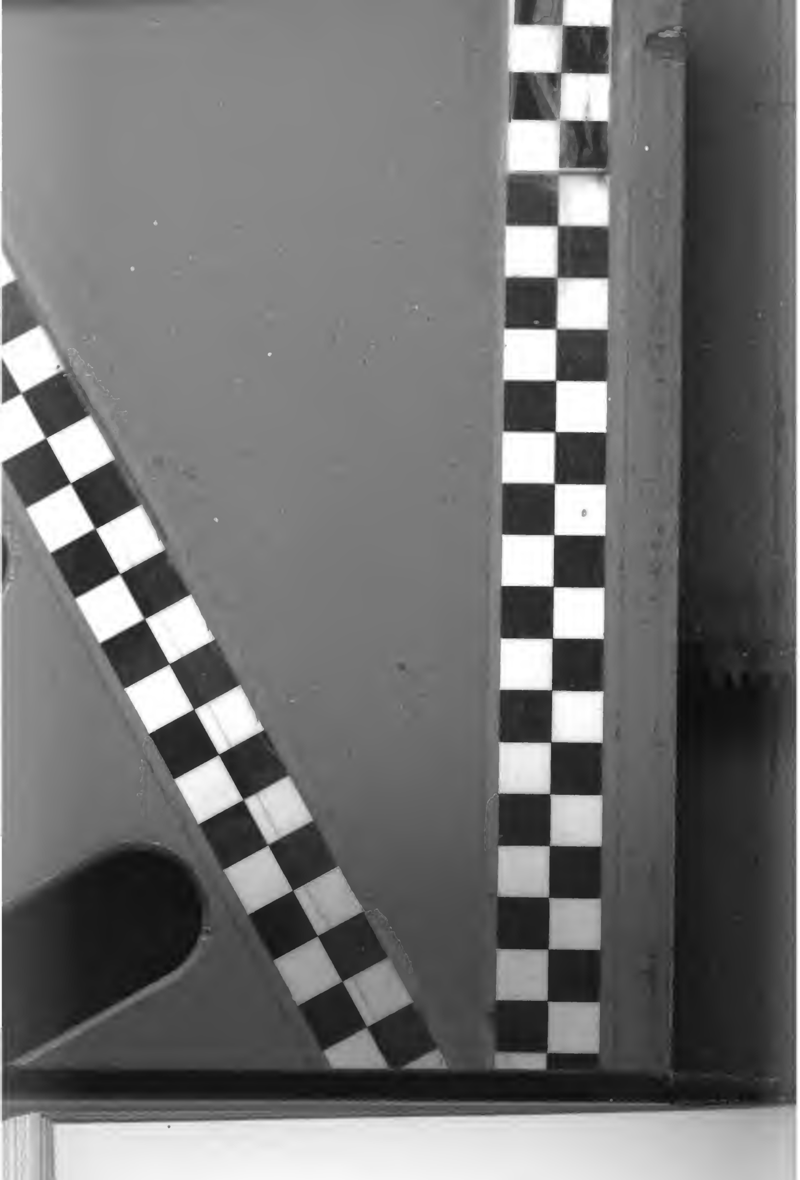
---

9) Vgl. Dernburg III S. 598; Entsch. des R.G. 27 S. 232; Seuff. Arch. 61 Nr. 27. Die Landesgesetze, welche anläßlich des Inkrafttretens des neuen Rechts den Altenteilsvertrag besonders geregelt haben, sprechen dies durchweg aus. So bestimmt z. B. das Lüb. A.G. z. B.G.B. v. 30. Okt. 1899 im § 28:

> Der Altenteiler kann verlangen, daß ihm ein dem Vertrage entsprechendes Recht an dem Grundstücke bestellt werde, und zwar:
> 1. falls ihm auf dem Grundstücke ein Gebäude als Wohnung zum ausschließlichen Gebrauche zu gewähren ist, ein Wohnungsrecht;
> 2. falls ihm ein Teil des Grundstückes zu sonstiger Benutzung zu gewähren ist, eine entsprechende persönliche Dienstbarkeit;
> 3. soweit andere wiederkehrende Leistungen zu entrichten sind, eine entsprechende Reallast.
> Die Rechte sind mit dem Range unmittelbar hinter den Belastungen zu bestellen, die zur Zeit der Überlassung des Grundstücks bestehen.

Vgl. auch Art. 15 Preuß. A.G. z. B.G.B. v. 20. Sept. 1899.

10) Vgl. Amtsger.Samml. 1904 S. 7.



bez. des Grundstücks verbunden sein, so daß er dann auch der notariellen Beurkundung bedarf (§ 313 B.G.B.). Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird auch hinsichtlich des Altenteils gültig, wenn die Eintragung des Erwerbers des Grundstücks als Eigentümer in das Grundbuch erfolgt ist.

Soweit der Altenteilsvertrag die Merkmale des reichsrechtlichen Leibrentenvertrags aufweist, ist er nach § 761 B.G.B. unter allen Umständen schriftlich abzufassen. Überhaupt sind die Bestimmungen des B.G.B. über die Leibrente auf den Altenteilsvertrag anzuwenden, soweit sich die Leistungen unter den Begriff der Leibrente subsumieren lassen.

V. Den Erfüllungsort bestimmt das B.G.B. (§ 269) nur für den Fall, daß ein besonderer Ort nicht bestimmt oder aus der Natur des Schuldverhältnisses nicht zu entnehmen ist. Aus dem Wesen des Altenteilsvertrags ist aber zu entnehmen, daß derselbe auf dem überlassenen Grundstücke zu erfüllen ist.[11]

Der Verpflichtete hat Marktware mittlerer Art und Güte zu liefern (§ 243 Abs. 1 B.G.B.). Auch ist er verpflichtet, seine Leistungen so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§ 242 B.G.B.). Der Inhalt und Umfang des Rechts des Altenteilers richtet sich also, soweit etwas Besonderes nicht bestimmt ist, nach örtlichem Herkommen und wird bestimmt durch die Kräfte des Gutes einerseits, die Bedürfnisse des Altenteilers andererseits.[12]

Die Leistungen aus dem Altenteilsvertrage können nicht deshalb zurückbehalten werden, weil der Altenteiler eine ihm obliegende Leistung, insbesondere eine Arbeitsleistung, nicht erfüllt.[13]

VI. In mancher Beziehung ist es streitig, inwieweit der Altenteiler in Ermangelung besonderer Vertragsbestimmungen befugt ist, seine Rechte aus dem Vertrage auf Andere ganz oder teilweise zu übertragen oder Andere an der ihm zustehenden Nutzung zu beteiligen.

1. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß das Altenteilsrecht höchst persönlich, also nicht übertragbar ist.[14] Dies gilt namentlich von dem Falle, daß die Leistungen des Verpflichteten auf das Bedürfnis des Altenteilers zugemessen sind. Dagegen können solche

11) In Seuff. Arch. 14 Nr. 152 wird dies als zweifellos hingestellt. Dies ist auch im Lüb. A.G. § 29 bestimmt worden. Vgl. auch Dernburg III S. 601.

12) Vgl. Dernburg III S. 602.

13) Vgl. Seuff. Arch. 61 Nr. 37.

14) Vgl. R.G. bei Gruchot 50 S. 1207; Seuff. Arch. 31 Nr. 156; 39 Nr. 276; 51 Nr. 115.

Leistungen, welche nach Art und Maß genau festgestellt sind, vom Altenteiler veräußert werden.[15] Doch darf dadurch die Belastung des Verpflichteten keine stärkere werden.

Die Pfändbarkeit der Leistungen ist zulässig, insoweit die Leistungen übertragbar sind. Auch wenn der Altenteiler an sich unterhaltsberechtigt gegenüber dem Verpflichteten ist, sind die Leistungen nicht aus dem Gesichtspunkte von § 850 Ziff. 2 Z.P.O. unpfändbar, da die Leistung aus dem Altenteilsvertrage keine auf gesetzlicher Vorschrift beruhende Alimentenforderung ist.[16] Unpfändbar ist jedenfalls der Anspruch auf Beköstigung im Haushalte des Schuldners und auf das persönliche Wohnrecht.[17]

2. Ist dem Altenteiler ein ausschließliches **Wohnungsrecht** gewährt, so darf er seine Familie, auch die erst später hinzutretenden Familienmitglieder, standesmäßige Bedienung und das erforderliche Pflegepersonal in die Wohnung aufnehmen (§ 1093 B.G.B.). Ist ihm nur die Mitbenutzung einer Wohnung gestattet, so ist der Umfang dieses Rechts nach dem Vertragsinhalt zu bemessen.[18] Danach richtet sich insbesondere auch die Befugnis des Altenteilers, nach Abschluß des Vertrages zu heiraten. Nach **Dernburg**[19] ist allgemein anzunehmen, daß in diesem Falle der Altenteiler keine Familienmitglieder, auch nicht die Ehefrau, in der Wohnung aufnehmen darf, soweit sie erst nach Abschluß des Altenteilsvertrages Familienmitglieder geworden sind.

3. Ist das Altenteilsrecht mehreren Personen, insbesondere **Ehegatten**, zusammen zugesichert, so ist es streitig, inwieweit die Verpflichtung mit dem Tode des einen Berechtigten erlischt.[20] Es ist anzunehmen, daß, falls nicht abweichende Bestimmungen getroffen worden sind, die teilbaren Leistungen nach dem Tode des einen Berechtigten zu beschränken sind, und zwar im Verhältnis zu den Bedürfnissen des Über-

15) Vgl. Seuff. Arch. 30 Nr. 161.

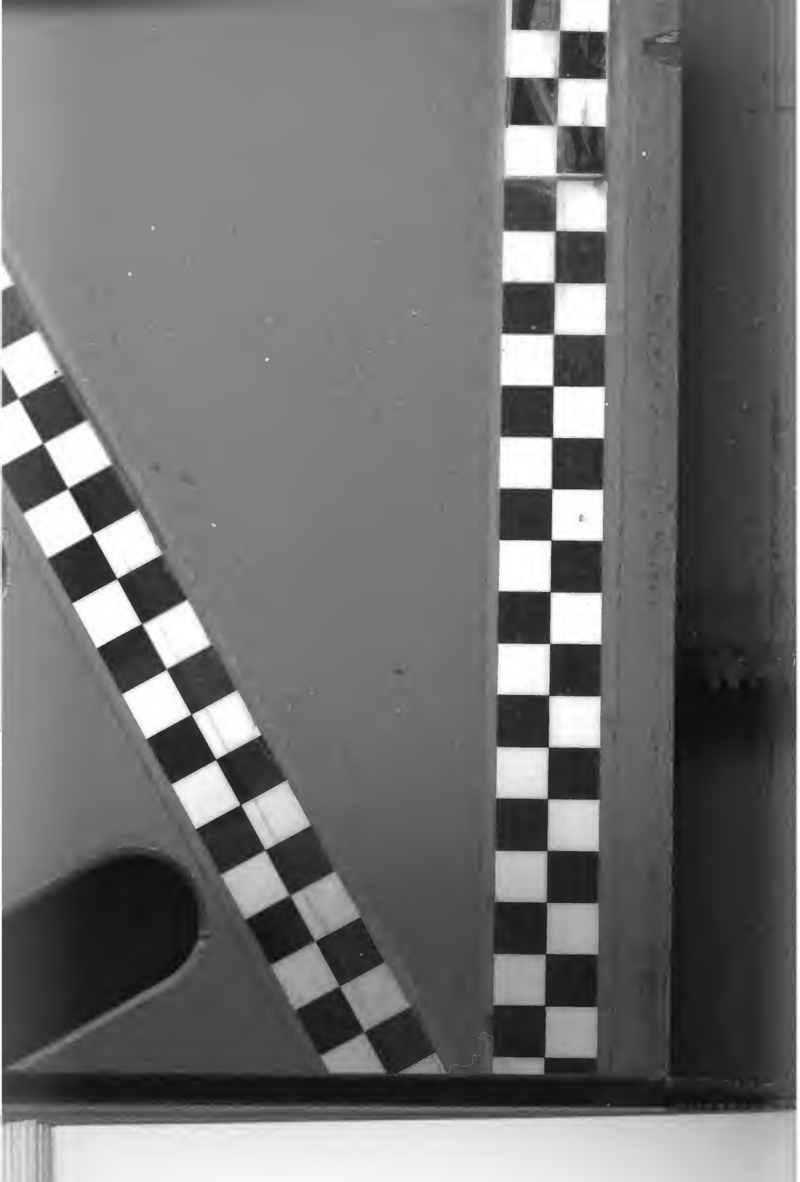
16) Vgl. Seuff. Arch. 39 Nr. 276; 41 Nr. 313, 318; 46 Nr. 241 (Reichsger.).

17) Vgl. Entsch. des R.G. in Zivils. 4 S. 144; Seuff. Arch. 39 Nr. 276; 41 Nr. 318.

18) Vgl. § 34 des Lüb. A.G., welches in Abs. 2 für diesen Fall eine dispositive Vorschrift aufstellt; ferner vgl. Seuff. Arch. 33 Nr. 145; 51 Nr. 115.

19) Vgl. III S. 603. So auch Seuff. Arch. 22 Nr. 59, das Lüb. A.G. § 34 Abs. 2 und das Rechtssprichwort: Der Leibzüchter darf nicht züchten. A. M. **Stobbe**, Deutsches Privatrecht V § 325 III, welcher dem Altenteiler das Recht, zu heiraten, nicht untersagen will.

20) Vgl. die ausführliche Übersicht über die Praxis und Literatur hinsichtlich dieser Frage in der Anm. zu Seuff. Arch. 20 Nr. 151.



lebenden. Leistungen, welche nicht geteilt werden können, z. B. das Wohnungsrecht, aber auch Beleuchtung, Feuerung, Futter für eine Kuh, sind ungeschmälert fortzugewähren.[21]

VII. Gemeinrechtliche Bestimmungen darüber, welche besonderen Rechte die Parteien haben, falls die eine der anderen das gemeinsame Wohnen auf dem Hofe wesentlich erschwert und geradezu unmöglich macht, oder falls der Verpflichtete seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, lassen sich nicht feststellen. Die Ausführungsgesetze zum B.G.B., welche das Altenteilsrecht regeln, treffen auch Bestimmungen für diesen Fall.[22] Mangels solcher Vorschriften wird man die allgemeinen Grundsätze des B.G.B. zur Anwendung zu bringen haben.

1. Macht der Verpflichtete durch schuldhaftes Verhalten dem Berechtigten das gemeinschaftliche Wohnen oder die Empfangnahme der Naturalleistungen unmöglich, so ist er dem letzteren zum Schadensersatz verpflichtet (§ 280 B.G.B.), und zwar in Geld, soweit die Herstellung des Vertragsverhältnisses nicht möglich oder zur Entschädigung nicht genügend ist (§ 251 B.G.B.).

2. Macht der Altenteilsberechtigte durch schuldhaftes Verhalten dem Verpflichteten die Gewährung der gemeinschaftlichen Wohnung oder der Naturalleistungen unmöglich, so ist mangels anderweitiger gesetzlicher Vorschrift anzunehmen, daß der Verpflichtete alsdann von seiner Verpflichtung frei wird (§ 275 B.G.B.).

3. Erfüllt der Verpflichtete seine vertragsmäßige Verpflichtung nicht, so hat der Altenteiler zweifellos einen Schadensersatzanspruch. Ob er auch von dem Vertrage zurücktreten (§§ 325, 326 B.G.B.) oder die Herausgabe des überlassenen Grundstücks fordern kann, richtet sich nach dem Vertrage. Nach den Vorschriften einzelner Ausführungsgesetze entspricht dies regelmäßig nicht der Absicht der Parteien. Doch dürfte es nicht richtig sein, ohne eine gesetzliche Vorschrift das Rücktrittsrecht, welches das B.G.B. dem Berechtigten gewährt, demselben zu entziehen.[23]

VIII. Die Beendigung des Altenteilsverhältnisses tritt in folgenden Fällen ein:

---

21) Vgl. Dernburg III S. 602; Stobbe a. a. O. V § 325 III; § 42 Lüb. A.G. Dagegen Seuff. Arch. 41 Nr. 200.

22) Vgl. z. B. Art. 15 §§ 7 ff. Preuß. A.G.; §§ 39 ff. Lüb. A.G.; Dernburg III S. 604.

23) Dernburg (III S. 605) stellt dies auch als recht zweifelhaft hin.

1. Mit dem Tode des Altenteilers (s. auch VI 3). Der Tod des Verpflichteten ist ohne Einfluß auf den Bestand des Rechtsverhältnisses.

2. Durch Vereinbarung der Parteien.

3. Durch völligen Untergang des Grundstücks, nicht aber durch Untergang eines Gebäudes, in welchem dem Berechtigten ein Wohnungsrecht zusteht. In letzterem Falle kann der Berechtigte die Wiederherstellung des Gebäudes und die Wiedereinräumung seines Wohnungsrechtes fordern,[24] wie denn dem Verpflichteten die Unterhaltung des Gebäudes überhaupt zur Last fällt.[25]

4. Durch die Enteignung (s. § 82 VI 4) und die Zwangsversteigerung des Grundstücks in gewissen Fällen (s. unter X).

5. Der Einfluß der freiwilligen Veräußerung des Grundstücks auf das Rechtsverhältnis bemißt sich nach den allgemeinen Grundsätzen. Danach wird die Last des Altenteils durch die Veräußerung nicht berührt. Soweit sie aber infolge der Nichteintragung im Grundbuche gegenüber dem Erwerber des Grundstücks nicht geltend gemacht werden kann, ist der Berechtigte zur Erhebung des Schadensersatzanspruchs gegen seinen Gegenkontrahenten berechtigt. Im Falle der Eintragung bleibt der ursprünglich Verpflichtete auch neben dem Erwerber des Grundstücks für die Abführung der Leistungen an den Altenteiler verpflichtet.

IX. Für das Altenteilsrecht kann eine Hypothek, auch eine Sicherungshypothek, bestellt werden. Dieselbe kann nach dem Tode des Berechtigten nur mit Bewilligung seines Rechtsnachfolgers gelöscht werden, wenn die Löschung vor dem Ablauf eines Jahres nach dem Tode des Berechtigten erfolgen soll oder wenn der Rechtsnachfolger der Löschung bei dem Grundbuchamte widersprochen hat, es sei denn, daß im Grundbuche eingetragen ist, daß zur Löschung des Rechtes der Nachweis des Todes des Berechtigten genügen soll[26] (§ 23 G.B.O.).

X. Nach § 9 E.G. z. Z.V.G. ist es der Landesgesetzgebung vorbehalten geblieben, zu bestimmen, daß eine Dienstbarkeit oder Reallast, welche zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung nicht bedarf, oder ein solches Recht, welches als Leibgedinge, Leibzucht, Altenteil oder Auszug eingetragen ist, von der Zwangsversteigerung unbe-

24) Vgl. Seuff. Arch. 23 Nr. 239 und die Anm. dazu.
25) Vgl. Seuff. Arch. 2 Nr. 80; 5 Nr. 213; Stobbe a. a. O. V § 325 IV.
26) Vgl. Amtsger.Samml. 1902 S. 382.



rührt bleibt, auch wenn das Recht bei der Feststellung des geringsten Gebots nicht berücksichtigt ist. Hamburg hat absichtlich von dieser Befugnis keinen Gebrauch gemacht.[27] Demgemäß erlischt das Altenteilsrecht, wenn es in das geringste Gebot nicht aufgenommen worden ist. Der Altenteiler hat jedoch das Recht, die Aufnahme einer besonderen die Übernahme des Rechts durch den Ersteher aussprechenden Versteigerungsbedingung zu verlangen (§ 59 Z.V.G.).

Ist das Altenteilsrecht im Grundbuche eingetragen, so ist es in das geringste Gebot aufzunehmen, und zwar muß es, da es nicht durch Zahlung zu decken ist, sondern bestehen bleibt, neben den in bar zu zahlenden Beträgen aufgeführt und gleichzeitig der Wert des Rechts festgesetzt werden (§ 51 Abs. 2 Z.V.G.).

Achter Abschnitt.

Das Hypotheken- und Pfandrecht.

§ 104. Die überkommenen Immobiliarpfandrechte im Allgemeinen.

Bei der unbegrenzten Dauer der im Grundbuche eingetragenen Rechte erscheint es notwendig, das Recht der aus dem alten Recht überkommenen Immobiliarpfandrechte eingehend zu erörtern.

I. Das E.G. z. B.G.B. trifft über die Überleitung der überkommenen Immobiliarpfandrechte eingehende Bestimmungen.

1. Nach Art. 192 gilt ein zur Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, an einem Grundstücke bestehendes Pfandrecht von dieser Zeit an als eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen ist. Ist der Betrag der Forderung, für die das Pfandrecht besteht, nicht bestimmt, so gilt das Pfandrecht als Sicherungshypothek.

Nach Art. 193 kann landesgesetzlich bestimmt werden, daß ein nach der vorstehenden Vorschrift nicht als Sicherungshypothek geltendes Pfandrecht als Sicherungshypothek oder als eine Hypothek gelten soll, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefes nicht ausgeschlossen ist und daß eine über das Pfandrecht erteilte Urkunde als Hypothekenbrief gelten soll.

Nach Art. 194 können die Landesgesetze Vorkehrungen gegen die Beeinträchtigungen treffen, die eventuell daraus entspringen, daß nach

27) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 144.

dem B.G.B. der Wegfall eines Pfandgläubigers den gleich- oder nachstehenden Gläubigern nicht zugute kommt.

Nach Art. 195 endlich gelten bestehende Grundschulden als Grundschulden im Sinne des B.G.B., doch kann landesgesetzlich bestimmt werden, daß eine bestehende Grundschuld als eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefes nicht ausgeschlossen ist, oder als Sicherungshypothek gelten soll und daß eine über die Grundschuld erteilte Urkunde als Hypothekenbrief gelten soll.

2. Das B.G.B. gebraucht den Begriff des Pfandrechts an einem Grundstücke nicht. Aus dem Gegensatze zwischen Art. 192 und 195 E.G. ergibt sich, daß unter Pfandrechten alle Formen der Kapitalbelastungen von Grundstücken — abgesehen von Reallasten — zu verstehen sind, welche zur Sicherung einer Forderung dienen und von dieser Forderung abhängig sind.[1] Grundschulden sind dagegen die von einer Forderung nicht abhängigen Kapitalbelastungen. Um beurteilen zu können, ob die Kapitalposten des alten Hamburgischen Rechts im Sinne dieser Vorschriften als Pfandrechte oder als Grundschulden anzusehen sind, ist ein kurzer Überblick über die Entwicklung des früheren Hypothekenrechts[2] zu geben.

II. Überblick über die Entwicklung des Hamburgischen Hypothekenrechts.

1. Die Rente war die ursprüngliche Form der Hamburgischen Kapitalbelastung von Grundstücken (s. § 102 I). Erst als es üblich wurde, die Ablösungssumme neben der Rente mit in die Hypothekenbücher einzutragen, bildete sich die Form des verzinslichen Kapitalpostens heraus,[3] welche dann rasch die übliche geworden ist.

2. Aus dieser Entwicklung folgt, daß ebenso wie die Rente den Anspruch auf ein bestimmtes Wertquantum aus den Erträgen des Grundstücks gibt, so auch der Hypothekposten das selbständige Recht auf eine bestimmte Summe aus dem durch Verkauf zu realisierenden Werte des Grundstücks selbst darstellt.[4] Da ursprünglich bloß der

1) Vgl. Planck VI Art. 192 Anm. 1; Habicht S. 490.
2) Vgl. hierüber insbesondere Baumeister I S. 168 ff; Niemeyer S. 85 ff.; Mittelstein, Das Hamb. Gesetz betr. Grundeigentum und Hypotheken.
3) Vgl. Baumeister I S. 169 f.; Mittelstein S. 57.
4) Vgl. Baumeister I S. 174.

Schuldner zur Kündigung befugt war, kam die persönliche Haftung desselben neben der dinglichen Haftung nicht in Frage.

Als dann aber die Ansicht sich geltend machte, daß auch der Gläubiger zur Kündigung befugt sei und die Rechtsform der Rente immer mehr zur zinsbaren Anlegung von Kapitalien verwandt wurde, entstand die persönliche Verpflichtung des Schuldners, für die Rückzahlung des Kapitals aufzukommen, und unter dem Einfluß der „romanisierenden Jurisprudenz“[5] die Anschauung, daß das Grundstück nur als akzessorische Sicherheit für eine persönliche Forderung zum Betrage des Kapitals der Rente zu behandeln sei, was Baumeister zutreffend als eine Umkehrung des ursprünglichen Rechtsverhältnisses bezeichnet. Nach der bis zum Erlaß des Gesetzes vom 4. Dezember 1868 geltenden Ansicht hatte der Hypothekengläubiger die freie Wahl, ob er sein dingliches Recht oder die persönliche Forderung gegen den Schuldner geltend machen wollte.

3. Das Gesetz vom 4. Dezember 1868 kehrte zu der alten Auffassung zurück, indem es die dingliche Haftung in den Vordergrund schob und die persönliche Haftung des Schuldners hinsichtlich des Kapitals zu einer subsidiären machte (§ 33). Der Gläubiger kann den Grundstückseigentümer als solchen in Anspruch nehmen, aber wegen des Kapitals erst nach Ausfall seiner Forderung im Zwangsverkauf. Steht der Ausfall fest oder ist in dem Verkaufstermin kein den Posten deckendes Gebot gemacht, so ist das Kapital sofort, ohne Kündigung, fällig. Bez. der Zinsen, Renten und Grundmieten besteht diese Beschränkung nicht, so daß wegen ihrer der Eigentümer sofort in Anspruch genommen werden kann. Die persönliche Haftung kann durch eine Vereinbarung ganz ausgeschlossen werden. Doch ist der Ausschluß nur gültig, wenn er durch Anlegung einer Klausel in dem Hypothekenbuche vermerkt ist.[6]

4. Der alte Hamburgische Posten kann aber auch zur Sicherung einer Forderung dienen als sog. Sicherheitsposten. In diesem Falle muß der Sicherungszweck durch Anlegung einer Klausel, d. h. durch deren Eintragung in die öffentlichen Bücher oder durch Bezugnahme der Eintragung auf das die Klausel enthaltende Konsensprotokoll in die Belastung mit aufgenommen werden.

---

5) Vgl. Baumeister I S. 180 f.; Schlüter, Traktat von den Erben, Teil 6 Tit. 26. Letzterer geht so weit, daß er die vor 1698 ergangenen, auf der alten Rechtsanschauung beruhenden Entscheidungen als dem gemeinen Recht widersprechend für abwegig erklärt.

6) Vgl. Ges. v. 12. Juli 1880; Mittelstein S. 70.

5. Der Grundeigentümer ist befugt, sich einen Posten auf *seinen eigenen Namen* als *Eigentümerhypothek* eintragen zu lassen, und zwar entweder durch den Erwerb eines eingetragenen Postens oder durch Begründung eines eigenen Postens von vornherein (§ 35 Ges. vom 4. Dezember 1868). Eine persönliche Forderung entsteht hier erst, falls der Eigentümer sein Grundstück oder den Posten veräußert.

III. Vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts herrschte unter den Hamburgischen Juristen ein lebhafter Streit, ob die alten, dem Gesetz vom 4. Dezember 1868 unterstehenden Kapitalposten nach Art. 192 oder Art. 195 E.G. z. B.G.B. zu behandeln seien.[7] Im Interesse des Realkredits wünschte man die Umwandlung der alten Posten in Hypotheken und nicht in Grundschulden des neuen Rechts.

1. Wenn man von der Begriffsbestimmung des Pfandrechts in Art. 192, wie wir sie oben (I 2) gegeben haben, ausgeht, erscheinen die alten Posten nicht als Pfandrechte, sondern als Grundschulden. Denn von einer Forderung, deren Sicherung die Eintragung bezweckte, ist in dem Gesetz vom 4. Dezember 1868 nicht die Rede. Der Anspruch aus dem Posten entsteht lediglich und unabhängig von einer causa aus der Eintragung und kann von dem Eigentümer des Grundstücks nur insoweit abgewendet werden, als dies nach dem Grundsatze der formalen Rechtskraft des Buchinhalts überhaupt zulässig ist.[8] Daß neben der dinglichen Haftung eine subsidiäre persönliche Verpflichtung des Grundeigentümers besteht, ist für das Wesen des Rechtsinstituts nicht von entscheidender Bedeutung. Denn diese Forderung bildet nicht die ursprüngliche Grundlage des ganzen Rechtsverhältnisses, wie es für den Begriff des Pfandrechts im Sinne des Art. 192 maßgebend ist. Auch bei der Grundschuld

---

7) Vgl. Dr. *Schaefer* und Dr. *Cohen*, Gutachtliche Äußerungen über die Behandlung der vor dem 1. Januar 1900 eingetragenen Hamburgischen Hypothekposten unter der Herrschaft des B.G.B.; Dr. *Max Cohen*, Sollen die am 1. Januar 1900 bestehenden Hypotheken zu Grundschulden oder zu Hypotheken des künftigen Rechtes umgewandelt werden? Dr. *Bendixen*, Die Grundbegriffe der Hypothek und der Grundschuld in Beibl. 1898 Nr. 168; *Mittelstein*, Hypothekenrecht S. 238 f.; *Melchior*, Ausführungsges. S. 33 ff.; *Fischer-Schaefer*, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen S. 266 Nr. 4; Zentralblatt f. freiw. Gerichtsb. III S. 205; *Wulff* III S. 26 Anm. 4.

8) In diesem Sinne werden die Hamburgischen Hypothekposten auch in den *Mot.* z. Entw. I des B.G.B. (III S. 603 ff., 726) und in der *Denkschrift* zur Reichstagsvorlage (S. 145) betrachtet; ferner bei *Achilles*, Preuß. Eigentumserwerbsges. 3. Aufl. S. 152 ff.; *Roth*, Deutsches Privatrecht III S. 527, 532; *Stobbe*, Deutsches Privatrecht III S. 340.



des B.G.B. ist es möglich, daß der Eigentümer des belasteten Grundstücks sich verpflichtet, für die Güte der Grundschulden mit seinem ganzen Vermögen aufzukommen.

2. Um die aufgetauchten Zweifel zu beseitigen und jedenfalls eine Umwandlung der alten Kapitalposten in Hypotheken des neuen Rechts herbeizuführen, hat das A.G. z. B.G.B. besondere Bestimmungen getroffen:

a) Jeder vor dem Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, eingetragene Kapitalposten gewährt, falls nicht etwaige Klauseln etwas anderes bestimmen, ein Pfandrecht am Grundstück, und zwar ist die Schuld, für welche das Grundstück haftet, die subsidiär geltend zu machende persönliche Schuldverbindlichkeit des Grundeigentümers, die mit der Eintragung entstanden ist[9] (§ 48 A.G. z. B.G.B.).

---

9) Die Zulässigkeit einer solchen Regelung ist bezweifelt worden. Man hat ausgeführt (Gutachten von Dr. Schaefer S. 11; Fischer-Schaefer, Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen S. 266), daß freilich auf Grund von Art. 195 Abs. 2 EG. die alten Posten in Hypotheken, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefes nicht ausgeschlossen ist, oder in Sicherungshypotheken hätten umgewandelt werden können. Doch sei der erste Weg nicht gangbar, weil in allen Fällen nachträglich der Schuldgrund in das Grundbuch aufgenommen werden und von Amts wegen die Bildung von Hypothekenbriefen erfolgen müsse; wolle man letzteres durch die Erklärung der Posten zu Sicherungshypotheken vermeiden, so trete die ebenso unhaltbare Folge ein, daß der öffentliche Glaube des Grundbuchs sich auf die Forderung nicht mit erstrecken werde. Gegen den vom Gesetzgeber schließlich eingeschlagenen Weg ist von derselben Seite geltend gemacht worden, daß die Hypothek einen anderen Tatbestand voraussetze als die Grundschuld, und daß, wenn einmal ein bestimmter Tatbestand vorliege, dieser vom Gesetz nicht umgeändert werden könne. Ein Gesetz könne nicht neue Tatsachen schaffen, sondern nur Rechtsnormen geben, welche auf einen vom Gesetze vorgefundenen Tatbestand Anwendung finden sollten.

Das O.L.G. hat dagegen in einem nicht veröffentlichten Gutachten die obige Regelung für zulässig erklärt. Auch sind seither (abgesehen von Fischer-Schaefer a. a. O.) weder in der Praxis noch in der Theorie die früher erhobenen Bedenken wieder aufgetaucht. Man wird diese nicht als durchschlagend erachten müssen, denn das vom Gesetzgeber eingeschlagene Verfahren läßt sich auch unter den Gesichtspunkt der anderweitigen Qualifizierung der vorgefundenen Tatsachen bringen. Der Gesetzgeber hat eben die schon vorhandene persönliche Forderung in den Vordergrund gerückt und die dingliche Haftung als Akzessorium erklärt, was übrigens vor dem Gesetz vom 4. Dezember 1868 auch die herrschende Ansicht der Hamburgischen Theorie und Praxis war. Daraus, daß nach heutigem Recht der Schuldgrund aus dem Grundbuch ersichtlich sein muß, wird man vollends ein entscheidendes Argument gegen die Zulässigkeit der Regelung nicht entnehmen können. Denn es fragt sich allein, ob nach den früheren Gesetzen die Forderung von solcher Bedeutung war, daß die Kapitalbelastung zu ihrer Sicherung diente. Dies will aber gerade der § 48 A.G. bestimmen. Aus dem Grundbuch war die

Da das E.G. die Kompetenz der Landesgesetzgebung zur Umwandlung der alten Pfandrechte für die Zeit nach dem Inkrafttreten des B.G.B. stark einschränkt, so ist diese Vorschrift, um jeden Zweifel an ihrer Zulässigkeit zu beseitigen, schon sofort mit der Publikation des Gesetzes, dem 14. Juli 1899, in Kraft getreten (§ 100 A.G. z. B.G.B.). S. hierüber im einzelnen § 105.

b) Die Eigentümerhypotheken des alten Rechts gelten von dem Zeitpunkte ab, in welchem das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, als Grundschulden, für welche die Erteilung des Grundschuldbriefes ausgeschlossen ist (§ 49 A.G. z. B.G.B.). S. hierüber im einzelnen § 106.

3. Von der Befugnis der Art. 193 und 194 E.G. (s. 1) hat die Hamburgische Ausführungsgesetzgebung einen Gebrauch nicht gemacht, für den Vorbehalt des Art. 194 lagen in Hamburg die Voraussetzungen überhaupt nicht vor, da schon nach früherem Hamburgischem Recht der Posten im Falle des Erwerbs durch den Grundeigentümer nicht unterging.

IV. Nach § 8 E.G. z. Z.V.G. kann durch Landesgesetz für eingetragene alte Hypotheken in der Zwangsvollstreckung ein Anmeldezwang vorgeschrieben werden, dessen Nichtbeachtung die Nichtberücksichtigung der Hypotheken zur Folge hat.

Forderung auch früher insofern ersichtlich, als sie von Rechts wegen für jeden Posten bestand, dem nicht eine abweichende Klausel im Hypothekenbuche angelegt war. So auch Wulff III S. 26 Anm. 4 III; Planck VI § 195 Anm. 3 und Habicht (3. Aufl.) S. 502.

Der praktische Unterschied wäre übrigens kein sehr großer, wenn auch § 48 A.G. an sich nicht gültig wäre. Dann würden die alten Posten in Grundschulden umgewandelt worden sein, und zwar in Buchgrundschulden. Die Zinsverbindlichkeit sowie die Kündigungsfristen und -termine bleiben dann auch bestehen (s. im einzelnen hierüber § 106 II, III); desgleichen gemäß Art. 170 E.G. z. B.G.B. die persönliche Haftung des Eigentümers. Der Schwerpunkt des Unterschiedes liegt auf dem Gebiet des Überganges der Forderung auf den Erwerber des Grundstückes. Im Falle einer freiwilligen Veräußerung ist zum Übergange der Forderung eine Schuldübernahme durch den neuen Eigentümer erforderlich und außerdem, wie nach dem alten Rechte, eine Annahme des neuen Eigentümers als Schuldner durch den Gläubiger (s. § 105), welche ebenso wie nach § 34 Ges. v. 4. Dez. 1868 durch konkludente Handlungen erfolgen kann. Handelt es sich um eine Hypothek und ist dem Gläubiger eine Frist gesetzt, so gilt das Schweigen desselben als Genehmigung der Schuldübernahme (§ 416 B.G.B.), während das Schweigen bei der mit der Grundschuld verbundenen persönlichen Forderung als Verweigerung anzusehen ist (§ 415 B.G.B.). Derselbe Grundsatz gilt auch für die Hypothek im Zwangsversteigerungsverfahren, während die mit der Grundschuld verbundene persönliche Haftung nur dann auf den Ersteher übergeht, wenn die Forderung von dem Schuldner rechtzeitig angemeldet wird (§ 53 Z.V.G.).



Diese Vorschrift ist nur für solche Gebiete berechnet, in denen nach früherem Recht die Eigentümergrundschuld unbekannt war und darum nach Befriedigung des hypothekarischen Gläubigers das dingliche Recht nicht als Grundschuld in der Hand des Eigentümers fortbestehen konnte, so daß die Eintragung der Hypothek im Grundbuche keine Gewähr dafür bot, daß das dingliche Recht noch bestand. Da Hamburg die Eigentümerhypothek schon früher kannte, hat es von diesem Vorbehalt keinen Gebrauch gemacht.

§ 105. Die Umwandlung alter Posten in Hypotheken.

Gemäß Art. 192 E.G., § 48 A.G. z. B.G.B. gelten die alten Kapitalposten, welche vor dem 1. Februar 1900, dem Zeitpunkt, in welchem das Grundbuch für Hamburg als angelegt anzusehen war,[1] in die Grund- und Hypothekenbücher eingetragen sind, von diesem Zeitpunkte an als Hypotheken, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist, soweit nicht aus der Eintragung beigefügten Klauseln sich etwas anderes ergibt.

I. Demnach ist für den Inhalt der Hypothek jetzt das neue Recht maßgebend.

1. Der Umfang der dinglichen Haftung ist nach altem und neuem Recht ungefähr der gleiche. Das Recht des Hypothekgläubigers erstreckt sich außer auf das Grundstück selbst auf dessen Bestandteile, Zubehörstücke und Erzeugnisse, namentlich die Miet- und Pachtzinsen.[2] Während es aber nach altem Recht zweifelhaft war, inwieweit diese Gegenstände durch Entfernung vom Grundstücke aus dem Pfandnexus befreit wurden[3] und eine gewisse Tendenz der Rechtsprechung dahin ging, die Gegenstände als im Pfandnexus verbleibend anzusehen, gilt jetzt der Satz, daß diese Gegenstände von der Haftung frei werden, wenn sie vor der Beschlagnahme durch den Gläubiger veräußert und auf Grund der Veräußerung vom Grundstücke entfernt werden oder wenn sie, auch ohne Veräußerung, vor der Beschlagnahme lediglich innerhalb der Grenzen einer ordentlichen Wirtschaft endgültig entfernt werden (§§ 1121, 1122 B.G.B.). Dies hat besondere Bedeutung für die Früchte des Grundstücks. Früchte, welche einem Pächter zukommen, haften nach ihrer Trennung nicht mehr für die Hypothek (§§ 1120, 956 B.G.B.).

1) Vgl. Ver. des Sen. v. 27. Sept. 1899. S. § 66 I.

2) Vgl. § 31 Ges. v. 4. Dez. 1868; Niemeyer S. 98; §§ 1120 ff. B.G.B.

3) Vgl. Niemeyer S. 99; Mittelstein S. 63.

Mit dem Grundstück haften auch die Miet- und Pachtzinsforderungen (§ 1123 B.G.B.). An Stelle des Mietebeschlages[4] ist jetzt die Beschlagnahme der Mieten durch Pfändung oder im Zwangsverwaltungsverfahren getreten.[5] Das früher gewohnheitsrechtlich anerkannte Recht des Hypothekariers zur Kündigung der Mietverträge unter gewissen Umständen[6] ist jetzt fortgefallen. Das Recht des Gläubigers erstreckt sich nach altem wie neuem Recht auch auf die Versicherungsgelder.[7]

2. Der Gläubiger kann wegen Gefährdung der Sicherheit der Hypothek im Rahmen der §§ 1133—1135 B.G.B. Befriedigung fordern.

3. Eine besondere Bestimmung darüber, ob die Parteien wirksam ein Veräußerungsverbot bez. des Grundstücks für den Eigentümer vereinbaren konnten, war im früheren Recht nicht enthalten. Nach gemeinem Recht war es zweifelhaft.[8] Jedenfalls ist jetzt eine solche Vereinbarung nichtig (§ 1136 B.G.B.), womit auch die etwaige dingliche Wirkung einer unter altem Recht abgeschlossenen Vereinbarung hinfällt. Aber auch unter den Parteien ist ein solcher Vertrag nicht mehr bindend, da er lediglich eine Erweiterung der pfandrechtlichen Befugnisse des Gläubigers enthält, und diese sich jetzt nach neuem Recht bestimmen.[9]

Hinsichtlich der Ungültigkeit der lex commissoria stimmen altes und neues Recht überein.[10]

4. Buch- und Briefhypotheken.

a) Die umgewandelten Posten gelten als Hypotheken, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefes ausgeschlossen ist (§ 1116 Abs. 2 B.G.B.). Eines besonderen Vermerks hierüber bedarf es im Grundbuche nicht, wenn ein solcher auch nicht unzulässig ist.[11]

---

4) Vgl. Niemeyer S. 119 ff.; Mittelstein S. 65, 213. Der Mietebeschlag war bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts die einzig zulässige Art der Pfändung von Miet- und Pachtforderungen in Hamburg. Er wurde entweder mit der Zwangsvollstreckung in das Grundstück verbunden oder selbständig erlassen; in letzterem Falle waren aber nur die Realgläubiger, denen mit dem Grundstück auch dessen Erzeugnisse dinglich hafteten, zum Antrag auf Erlaß eines Mietebeschlages befugt (§ 20 Z.V.G. v. 14. Juli 1879).

5) Vgl. §§ 865 Z.P.O.; 20, 146 Z.V.G. Zur Mietepfändung sind heute nicht bloß die Realgläubiger befugt (s. vor. Anm.).

6) Vgl. Mittelstein S. 65 f.

7) Vgl. § 31 Ges. v. 4. Dez. 1868; §§ 1127 ff. B.G.B.

8) Vgl. Mot. z. Entw. I des B.G.B. III S. 681; Windscheid-Kipp I § 172 a Anm. 8. Nach Hauptbl. 1871 Nr. 153 war eine solche Abrede, als mit dem Pfändungswillen im Widerspruch stehend, unwirksam.

9) Vgl. Habicht S. 515; a. M. Planck VI Art. 192 Anm. 8 e.

10) Vgl. Art. 10 Stat. II 4; § 1149 B.G.B.

11) Vgl. Wulff III S. 28 Anm. 1. A. M. O.L.G. in Amtsger.Samml. 1902 S. 117.



b) Die Umwandlung der übergeleiteten Buchhypotheken in Briefhypotheken, Sicherungshypotheken oder Grundschulden erfolgt in Gemäßheit des neuen Rechts durch Einigung des Gläubigers und des Eigentümers sowie Eintragung im Grundbuche (§§ 1116 Abs. 3, 1186, 1198 B.G.B.). Einer Zustimmung der gleich- oder nachstehend Berechtigten bedarf es hierzu nicht.

II. Den umgewandelten Hypotheken des neuen Rechts liegt als persönliche Forderung, für welche das Grundstück als Pfand haftet, die persönliche Verbindlichkeit des Eigentümers gegen den Gläubiger zugrunde, welche nach dem alten Recht mit der Eintragung entstanden ist. Diese Forderung vertritt die Funktion der Darlehns- oder sonstigen beliebigen gesetzlichen oder vertragsmäßigen Forderung, zu deren Sicherheit eine Hypothek bestellt wird.[12] Sie ist eine abstrakte Verbindlichkeit, da sie eines Schuldgrundes nicht bedarf. Soweit nach altem Recht infolge der Vereinbarung der Parteien und einer im Grundbuche eingetragenen Klausel die Hypothek für eine andere Schuld haften sollte, ist diese Abmachung der Hypothek zugrunde zu legen. Die persönliche Forderung des alten Rechts ist im vollen Umfange erhalten geblieben (Art. 170 E.G. z. B.G.B.). Da sich grundsätzlich die Haftung des Grundstücks bei der Hypothek nach der zugrunde liegenden Forderung richtet, so wirkt insoweit das alte Recht auf das hypothekarische Verhältnis nach. Eine solche Bezugnahme auf das alte Recht erscheint unbedenklich.[13]

1. Die Kündigungsfrist für alte Hypotheken beträgt sechs Monate (nicht wie nach neuem Recht drei Monate), und zwar kann die Kündigung nur zum Quartalsbeginn erfolgen (§ 41 Gesetz vom 4. Dezember 1868). Nach früherem Recht war die Vereinbarung einer längeren als der gesetzlichen Kündigungsfrist, wie jede Verabredung, welche die Kündbarkeit des Postens abseiten des Eigentümers einschränkte, für den Hypothekengläubiger nur gültig, wenn eine betreffende Klausel eingetragen war, während eine kürzere Frist schlechthin vereinbart werden

---

12) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 45.

13) Mit Recht betont Habicht (S. 517), daß, wenn § 1115 Abs. 1 B.G.B. für künftig einzutragende Hypotheken eine gewisse Verweisung auf die Eintragungsbewilligung zuläßt, auch bei früher eingetragenen Hypotheken, bei denen die Eintragungsbewilligung über bestimmte Punkte schweigt, eine Ergänzung der Eintragungsbewilligung aus der damals geltenden gesetzlichen Vorschrift und Verkehrssitte zulässig sein muß, da nur aus diesen die Eintragungsbewilligung den Inhalt empfangen kann, der ihr nach dem Willen der Beteiligten zukommt.

konnte.[14] Heute kann die Kündigung unter den Parteien vereinbart werden, doch kann bei alten Hypotheken eine von der gesetzlichen Frist des alten Rechts abweichende Vereinbarung über die Kündigungsfrist, die nicht im Grundbuche vermerkt ist, dem Erwerber des Grundstücks nur dann entgegengehalten werden, wenn er sie zur Zeit seines Erwerbes kannte.[15]

Die Form der Kündigung und die Auszahlung des Kapitals richtet sich jetzt nach neuem Recht (vgl. besonders § 1141 B.G.B.).

2. Die Rechtssätze über die Verzinslichkeit der Forderung sind erhalten geblieben.

a) Die Forderung ist an sich verzinslich (§ 33 Gesetz vom 4. Dezember 1868). Einer Eintragung des Zinsfußes bedarf es nicht, auch nicht unter neuem Recht hinsichtlich der alten Posten. Seit dem Gesetz vom 12. Juli 1880 bedurfte die Abmachung der Unverzinslichkeit eines Postens zu ihrer Gültigkeit der Eintragung.

b) Der Zinsfuß richtet sich in erster Linie nach der Eintragung, in zweiter nach der Vereinbarung der Parteien. Ist weder das eine noch das andere erfolgt, so sind angemessene Zinsen zu bezahlen, welche sich nach dem Stand des Postens, dem Geldmarkte und dem Rechtsverhältnis der Parteien bemessen.[16] Ob nach altem Recht ohne besondere Vereinbarung Zinsen den gesetzlichen Zinsfuß von 6 % übersteigen konnten, war zweifelhaft.[17]

c) Beträgt der Zinsfuß weniger als 5 %, oder ist die Forderung unverzinslich, so bedarf es einer Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten zu einer Erweiterung der Hypothek dahin nicht, daß das Grundstück für Zinsen bis zu 5 % haftet. Soll das Grundstück für höhere Zinsen haften, so bedarf es der Zustimmung dieser Berechtigten (§ 1119 B.G.B.). Die persönliche Forderung an sich kann mit Wirkung unter den Parteien auch ohne diese Zustimmung in der Zinsverbindlichkeit erweitert werden.

---

14) Vgl. § 19 Abs. 2, 3 Ges. v. 4. Dez. 1868; Mittelstein S. 40 ff., 91; Niemeyer S. 111; Beibl. 1886 Nr. 84. Bez. der Vereinbarung der Unkündbarkeit der Hypotheken für eine bestimmte Frist vgl. Beibl. 1903 Nr. 92.

15) Über die Wirksamkeit einer Kündigung gegenüber dem Ersteher des Grundstücks im Zwangsversteigerungsverfahren s. § 54 Z.V.G. und Fischer-Schaefer, Zwangsvollstr. S. 267 f.

16) Vgl. Beibl. 1876 Nr. 22; 1870 Nr. 116, 135; 1901 Nr. 149; Mittelstein S. 71; Niemeyer S. 101.

17) Mittelstein S. 71 Anm. 3 a verneint die Frage.

d) Nach früherem Recht bedurfte die Erhöhung der Zinsen ebenso wie die Zinsverbindlichkeit selbst nicht der Eintragung im Grundbuche. Für neue Hypotheken ist die Eintragung erforderlich (§§ 1115 Abs. 1, 877, 873 B.G.B.). Zinserhöhungen, welche unter neuem Recht bei alten Hypotheken vorgenommen werden, bedürfen zur dinglichen Wirkung der Eintragung nicht, da die Haftung des Grundstücks sich nach dem jeweiligen Umfange der persönlichen Forderung richtet, welche an sich unter altem Recht steht.[18]

e) Zinseszinsen können nicht gefordert werden (§§ 289, 248 B.G.B.).

f) Die Zinsen sind in Ermanglung einer abweichenden Vereinbarung halbjährlich an dem Quartalsbeginn zu entrichten (§ 39 Gesetz vom 4. Dezember 1868), und zwar dem Gläubiger zu übermitteln (§ 270 B.G.B.).

g) Das Grundstück haftet für gesetzliche Zinsen der Forderung auch ohne Eintragung derselben (§ 1118 B.G.B.). Es haftet ebenfalls für die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstück bezweckenden Rechtsverfolgung.

h) Über die Wirkung der Übertragung eines Postens auf die Zinsen, insbesondere rückständige Zinsen, hatten sich im alten Recht bestimmte Sätze herausgebildet.[19] Bei einer unter neuem Recht erfolgenden Übertragung richtet sich die Wirkung nach diesem (§§ 1158, 1159).[20] Danach vollzieht sich die Abtretung der Zinsen grundsätzlich nach den für die Übertragung von Forderungen geltenden Vorschriften.

3. Übertragung der Hypothek und des Grundstücks.

a) Die Übertragung und Abtretung einer alten Hypothek richtet sich nach neuem Recht. Sie erfolgt regelmäßig, da es sich um Buchhypotheken handelt, durch Einigung zwischen dem bis-

---

18) Melchior (Ausführungsges. S. 36) erkennt den Zinsveränderungen dingliche Wirkung nur im Falle der Eintragung zu. Soll bei alten Posten nachträglich der Zinsfuß eingetragen werden, so bedarf es der Zustimmung des Grundeigentümers; vgl. Amtsger.Samml. VI S. 272.

19) Vgl. Mittelstein S. 86 II; Niemeyer S. 102. Danach hatte derjenige den Anspruch auf die Zinsen, dem das Grundstück zur Zeit der Fälligkeit zugeschrieben war, ohne Rücksicht darauf, für welche Zeit die Zinsen validierten. Dagegen hatte der frühere Hypothekengläubiger kein dingliches Recht mehr wegen der Zinsrückstände, wohl aber hatte der neue Gläubiger ein solches für die ihm besonders abgetretenen Rückstände.

20) Vgl. Entsch. des R.G. 56 S. 302; Habicht (3. Aufl.) S. 227; Planck VI Art. 170 Anm. 8 b.

herigen und dem neuen Gläubiger über den Übergang der Forderung und Eintragung ins Grundbuch (§ 1154 Abs. 3 B.G.B.).

Im Falle der Übertragung geht das Recht aus der persönlichen Forderung auf den Erwerber der Hypothek ohne weiteres über, da das Recht aus der Verbindlichkeit untrennbar mit dem dinglichen Recht verbunden ist.[21]

Erwirbt der Grundeigentümer einen alten Posten, so verwandelt sich dieser in eine Grundschuld (§ 1177 B.G.B.). Die persönliche Forderung geht unter und kann bei einer Weiterveräußerung nur nach neuem Recht wieder entstehen.

b) Auf einen neuen Erwerber des Grundstücks geht die Schuld nicht ohne weiteres über, wie es nach § 34 Gesetz vom 4. Dezember 1868 der Fall war, vielmehr richtet sich der Übergang der Schuld nach dem B.G.B. (§§ 416, 415). Es ist also erforderlich, daß der Grundstücksveräußerer, der durch Vertrag mit dem Erwerber auf diesen die Schuld übertragen hat, dem Gläubiger die Übertragung mitteilt. Schweigt der Gläubiger sechs Monate, so gilt die Genehmigung als erteilt. Während aber nach früherem Recht der Erwerber neben dem Veräußerer haftet, falls letzterer nicht vom Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend aus seiner Verpflichtung entlassen wurde, tritt jetzt derjenige, auf den die Schuld mit Genehmigung des Gläubigers übergegangen ist, an die Stelle des bisherigen Schuldners.

Im Falle der Zwangsversteigerung des Grundstücks gilt als der Veräußerer der Schuldner (§ 53 Z.V.G.).

III. Die Geltendmachung des Pfandrechts und der persönlichen Forderung.

1. Die Forderung wegen des Kapitals der Hypothek ist eine subsidiäre. Der Gläubiger kann sich an das übrige Vermögen seines Schuldners erst nach Ausfall der Kapitalforderung in der Zwangsversteigerung halten. Steht der Ausfall fest oder ist in dem Versteigerungstermin kein genügendes Gebot gemacht worden, so ist das Kapital sofort, ohne Kündigung, fällig (§ 33 Gesetz vom 4. Dezember 1868).

a) Die dingliche Klage, die Pfandklage, kann unmittelbar erhoben werden. Sie hat zur Voraussetzung lediglich die Fälligkeit der Hypothek. Sie richtet sich nach neuem Recht. Nach demselben ist es ebenso wie nach früherem Recht zulässig, mit dem Klageantrag den

21) Das B.G.B. enthält keine Vorschriften, welche dies untersagen. Vielmehr enthalten die §§ 1153, 413, 401 analoge Vorschriften.



Antrag zu verbinden, daß die Zwangsvollstreckung auf das Grundstück beschränkt werde und der Gläubiger zunächst aus diesem seine Befriedigung zu suchen habe.[22] [23]

b) Die persönliche Klage hat zur Voraussetzung, daß die Vollstreckung in das Grundstück ohne Erfolg geblieben ist. Ob ein anderer Pfandgläubiger die Zwangsvollstreckung betrieben hat, ist gleichgültig, wenn nur feststeht, daß aus dem Pfande für den Kläger nichts zu erzielen ist. In diesem Falle kann die persönliche Verbindlichkeit ohne Kündigung geltend gemacht werden, d. h. die Schuld ist dann sofort und ohne weiteres fällig.[24]

2. Die Zinsforderung ist nicht subsidiär. Sie kann unmittelbar gegen den Schuldner geltend gemacht werden; sie setzt nicht voraus, daß zuerst die Zwangsvollstreckung vergeblich ausgefallen ist. Der Gläubiger kann auf jede Weise Befriedigung für diese Forderung suchen.[25]

3. Gegenüber der dinglichen Klage kann der Eigentümer alle Einwendungen erheben, die ihm nach dem neuen Recht gegenüber dieser Klage zustehen.[26]

a) Er kann Einreden erheben aus einem etwaigen persönlichen Rechtsverhältnis, das zwischen ihm und dem Gläubiger besteht, das aber nicht mit der persönlichen Forderung, die dem Pfandrecht zugrunde liegt, identisch ist.

b) Er kann Einwendungen gegen das Bestehen des dinglichen Rechts erheben.

c) Er kann, wenn er gleichzeitig der persönliche Schuldner ist, die ihm gegen die persönliche Forderung zustehenden Einreden — abgesehen

---

22) Vgl. Mot. z. Entw. I des B.G.B. III S. 675; Prot. 2. Lesung III S. 572; Dernburg III S. 693.

23) Zutreffend hebt Mittelstein (S. 75) den Unterschied der dinglichen und persönlichen Klage scharf hervor. Es ist nicht logisch, wenn man (Niemeyer S. 104) die Sache so darstellt, als ob die persönliche Forderung schon primär geltend gemacht werden könne, falls man sie auf das Grundstück beschränke. In solchem Fall wird eben nicht das obligatorische, sondern das dingliche Recht geltend gemacht. Richtig ist freilich, daß die Praxis die dingliche und persönliche Haftung kaum unterscheidet und auch von einer Beschränkung der persönlichen Verbindlichkeit auf das Grundstück spricht. Der Unterschied ist aber z. B. wesentlich für die Zuständigkeit (s. Mittelstein S. 76 V).

24) Vgl. Mittelstein S. 77. Im Konkursverfahren kann die persönliche Forderung für den Betrag geltend gemacht werden, mit welchem der Gläubiger bei der Versteigerung des Grundstücks ausfällt (§§ 64, 67 K.O.).

25) Vgl. Mittelstein S. 72; Niemeyer S. 103.

26) Vgl. hierüber im einzelnen Dernburg III S. 696; Planck III § 1137 Anm. 2.

von der Einrede, daß der Gläubiger nicht zunächst seine Befriedigung im Grundstück gesucht habe (s. unter 1) — sowie die dem Bürgen gemäß § 770 B.G.B. zustehenden Anfechtungs- und Aufrechnungseinreden geltend machen (§ 1137 B.G.B.). Er kann aber nicht geltend machen, daß er als Erbe des Schuldners nur beschränkt für dessen Schuld hafte.

IV. Die Änderung des Ranges eines alten Hypothekenpostens erfolgt nach § 880 B.G.B. Insbesondere ist, falls eine Hypothek zurücktreten soll, die Zustimmung des Grundeigentümers erforderlich.[27]

V. Die Aufhebung der alten Hypotheken erfolgt nach neuem Recht, und zwar grundsätzlich durch Erklärung der Aufgabe der Hypothek seitens des Gläubigers, Zustimmung des Eigentümers hierzu und Löschung im Grundbuch.[28]

VI. Soweit der alte Posten als Kaution oder Sicherheit diente, oder falls der Betrag der Forderung, für welche das Pfandrecht besteht, nicht bestimmt ist, hat sich der alte Posten in eine Sicherungshypothek umgewandelt (Art. 192 E.G. z. B.G.B.), d. h. es bestimmt sich das Recht des Gläubigers aus der Hypothek nur nach der Forderung und es kann sich der Gläubiger zum Beweise der Forderung nicht auf die Eintragung berufen.

VII. Aus den vor dem 1. Februar 1900 erteilten Hypothekenextrakten[29] findet die Zwangsvollstreckung auch unter neuem Recht insoweit statt, als der Schuldner in der Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet ist (§ 38 A.G. z. G.V.O.), was nur bei den für fällige Renten und Zinsen erteilten Ausfertigungen, nicht aber bei den Ausfertigungen für fällige Kapitalposten der Fall war.[30] Im übrigen finden auf die Zwangsvollstreckung aus den mit der Vollstreckungsklausel versehenen Hypothekenextrakten die Bestimmungen der Z.P.O. betr. die Vollstreckung aus gerichtlichen oder notariellen Urkunden, in denen sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, Anwendung.[31]

---

27) Vgl. Amtsger.Samml. 1904 S. 150.

28) Vgl. Dernburg III S. 698.

29) Solche Extrakte wurden früher auf Grund § 706 Abs. 2 Z.P.O. (der alten), Art. 4—16 A.G. z. Z.P.O. v. 14. Juli 1879 (Wulff 1. Aufl. II S. 46) zum Zweck der Zwangsvollstreckung erteilt. Von der Befugnis des Art. VIII E.G. zu dem Gesetze betr. Änderungen der Z.P.O., diesen Zustand für die alten Hypotheken bestehen zu lassen, hat Hamburg keinen Gebrauch gemacht.

30) Gemäß § 5 A.G. z. Z.P.O. v. 14. Juli 1879.

31) Namentlich die §§ 798, 799 Z.P.O., jedoch ist die Anwendung von § 800 ausdrücklich ausgeschlossen worden.

Unter neuem Recht werden Hypothekenextrakte überhaupt nicht mehr erteilt. Daher finden jetzt auf die Zwangsvollstreckung aus alten Hypotheken die vorgenannten Bestimmungen der Z.P.O. Anwendung. Eine Vollstreckung findet also nur statt, falls sich der Grundeigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung ausdrücklich unterworfen hat.[32]

§ 106. Die Umwandlung alter Posten in Grundschulden.

I. Der Regelfall ist die Umwandlung alter Posten in Hypotheken des neuen Rechts. In einzelnen Fällen sind aber die Posten in Grundschulden umgewandelt worden, und zwar in denjenigen Fällen, bei denen eine persönliche Forderung, welche der Hypothek des neuen Rechts zugrunde gelegt werden könnte, überhaupt nicht besteht.

1. Eine solche Forderung konnte nach altem Recht durch eine der Eintragung im Hypothekenbuch hinzugefügte Klausel ausgeschlossen werden, aber nicht auf andere Weise. Die mit solcher Klausel versehenen Posten sind am 1. Februar 1900 zu Grundschulden geworden. Ist die persönliche Forderung nur teilweise ausgeschlossen oder in anderer Weise modifiziert worden, so ergibt sich nach dem Inhalt der Klausel, ob der Posten zu einer Hypothek oder zu einer Grundschuld geworden ist. Es wird davon auszugehen sein, daß, wenn eine persönliche Forderung überhaupt besteht, der Posten als Hypothek gilt.

2. Eine persönliche Forderung ist ebenfalls nicht entstanden bei den im Januar 1900 eingetragenen Posten. In dieser Zeit richtete sich die Entstehung der Schuldverhältnisse nach dem neuen Recht, es entstand also lediglich durch die Eintragung eine Schuldverbindlichkeit nicht. Auch diese Posten sind in Grundschulden umgewandelt. Diesen Posten ist mehrfach die Klausel beigefügt worden, daß die Grundeigentümer für einen Ausfall die persönliche Haftung übernehmen. Diese Verpflichtung ist bindend. Das Erfordernis der Schriftlichkeit besteht für diese Verpflichtung nicht.[1]

3. Schon im früheren Recht erlosch die Hypothek nicht, wenn der Eigentümer des Grundstücks sie erwarb, auch konnte der Eigentümer von vornherein einen Posten auf seinen eigenen Namen ein-

---

32) In diesem Falle kommt auch § 800 Z.P.O. zur Anwendung.

1) A. M. Melchior, Ausführungsges. S. 35 Anm. 6, welcher in der Verpflichtung ein durch den völligen oder teilweisen Ausfall der Posten bedingtes Zahlungsversprechen erblickt. Aber ein abstraktes Zahlungsversprechen (§ 780 B.G.B.) liegt hier ebensowenig vor, wie eine Bürgschaft oder ein anderes der schriftlichen Form bedürfendes Rechtsgeschäft. So auch Wulff III S. 29 Anm. 2.

tragen lassen (§ 35 Gesetz vom 4. Dezember 1868). Diejenigen Kapitalposten, welche am 1. Februar 1900 auf den Namen des Eigentümers im Grundbuch eingetragen waren, haben sich an diesem Tage in Grundschulden umgewandelt (§ 49 A.G. z. B.G.B.).

II. Die vorgenannten Posten sind zu Grundschulden geworden, für welche die Erteilung des Grundschuldbriefes ausgeschlossen ist. Weder aus Art. 195 E.G. z. B.G.B., noch daraus, daß nach dem B.G.B. die Grundschulden grundsätzlich Briefgrundschulden sind (§§ 1192, 1116), ergibt sich ein anderes. Denn auch nach dem neuen Recht können die Parteien die Ausschließung des Briefes vereinbaren und dem ist für das alte Recht der gesetzliche Ausschluß des Briefes gleichzustellen.[2] Die Landesgesetzgebung kann anordnen, daß sich die alten Posten in Buch- oder in Briefgrundschulden verwandeln. Soweit eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes nicht vorliegt, wie bez. der unter I 1 und 2 erwähnten Posten, ergibt sich die Umwandlung in Buchgrundschulden von selbst daraus, daß nach früherem Recht Briefe über diese Posten nicht gebildet wurden.[3] Die Umwandlung dieser Grundschulden in Briefgrundschulden oder im Falle der Weiterveräußerung in Hypotheken erfolgt nach neuem Recht ebenso wie bei den Hypotheken. S. § 105 I 4 b.

III. Wirkungen der Umwandlung.

1. Der Umfang der dinglichen Haftung des Grundstücks für die Grundschuld richtet sich nach dem neuen Recht und ist diesbezüglich auf § 105 I 1 zu verweisen.

2. Das Grundstück haftet auch für die Zinsen des Postens. Allerdings ist dies bei der Grundschuld des neuen Rechts in der Regel nicht der Fall, doch können die Parteien die Haftung auf die Zinsen ausdehnen (§ 1191 B.G.B.). Dieser vertragsmäßigen Festsetzung der Verzinslichkeit des Postens ist die sich aus dem alten Recht ergebende gesetzliche Zinsverbindlichkeit gleichzustellen (s. § 105 II 2).

3. Ebenso gelten für die Posten die Vorschriften über die Kündigungsfristen und -termine des alten Rechts (s. § 105 II 1). Dies folgt daraus, daß die Kündigungsbestimmungen des B.G.B. durch Parteidisposition beliebig geändert werden können (§ 1193 Abs. 2

---

2) Die früher erteilten Hypothekenextrakte sind als Grundschuldbriefe im Sinne des neuen Rechts nicht anzusehen. Sie waren nur beglaubigte Auszüge aus den Büchern und wurden in beliebiger Anzahl erteilt.

3) Vgl. hierzu das Gutachten von Dr. Schaefer S. 8.

B.G.B.). Der Parteiwille ist aus demjenigen Gesetz zu ergänzen, welches zur Zeit der Entstehung des Postens in Geltung war.[4]

IV. Die Übertragung dieser übergeleiteten Grundschulden auf einen Anderen erfolgt nach den Vorschriften des neuen Rechts (s. S. 599 Anm. 9 a. E.). Bemerkenswert ist, daß, falls nicht etwa die übertragenen Grundschulden ausdrücklich in Hypotheken verwandelt werden, eine persönliche Verpflichtung des Eigentümers gegenüber dem Erwerber des Postens nicht entsteht, während nach früherem Recht im Falle der Veräußerung der Eigentümerhypothek eine persönliche Haftung entstand.

Dasselbe gilt auch von der Übertragung solcher Posten, die dadurch zu Grundschulden geworden sind, daß sich Hypothek und Eigentum am Grundstück unter neuem Recht in derselben Hand vereinigt haben (siehe § 105 II 3 a).

§ 107. Die Rechte der Hypothekengläubiger an den Feuerkasse-entschädigungen.

I. Das rev. Gesetz betr. die Hamburger Feuerkasse vom 20. Februar 1885[1] regelt die Verhältnisse der Feuerkasse zu den bei ihr Versicherten und zu den Hypothekengläubigern. Die Feuerkasse ist eine unter der Aufsicht und Leitung des Staates stehende Zwangsversicherungsanstalt[2] auf Gegenseitigkeit, welcher alle Eigentümer verbrennlichen unbeweglichen Eigentums beitreten müssen (§§ 1, 2 Gesetz). Ihr Bezirk erstreckt sich auf das ganze Hamburgische Staatsgebiet, wobei für das Gebiet der Landgemeindeordnung durch das Gesetz vom 20. April 1891[3] besondere Bestimmungen getroffen worden sind.

---

4) Es ist auch mit Recht (Gutachten von Dr. Schaefer S. 9) darauf hingewiesen worden, daß die Grundschuld neben ihrer dinglichen eine obligatorische, auf Zahlung einer Geldsumme gerichtete Seite hat und daß das durch die Grundschuld ins Leben gerufene Forderungsrecht auf Zahlung einer Geldsumme von Art. 195 E.G. z. B.G.B. nur insoweit berührt wird, als das B.G.B. Rechtsnormen aufstellt, welche zwingender Natur sind und eine Ergänzung des Parteiwillens aus dem zur Entstehungszeit geltenden Rechte nicht zulassen.

1) Vgl. Wulff II S. 231. Ein neues Gesetz ist in Vorbereitung. Es ist im Jahre 1902 vom Senat der Bürgerschaft vorgelegt (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1902 S. 143) und im Jahre 1906 von der Bürgerschaft verabschiedet worden. Im Juni 1907 (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1907 S. 641) hat der Senat bez. einzelner Beschlüsse der Bürgerschaft Änderungen vorgeschlagen, worüber die Bürgerschaft noch nicht beschlossen hat.

2) Die Versicherung umfaßt allen Schaden, der durch Feuer — auch soweit es durch Krieg, Erdbeben, Tumult oder sonstwie entstanden ist —, Blitz, Explosion, zur Begrenzung des Feuers obrigkeitlich verfügte Zerstörung und durch Löschmaßregeln hervorgerufen worden ist (§ 14 Feuerkassenges.).

3) Vgl. Wulff II S. 250.

Die Feuerkasse ist eine vom Fiskus selbständige juristische Person des öffentlichen Rechts.

Nach Art. 75 E.G. z. B.G.B. ist das landesrechtliche Versicherungsrecht zwar nur insoweit aufrechterhalten, als nicht in dem B.G.B. besondere Bestimmungen getroffen worden sind. Aber das öffentliche Versicherungsrecht ist bestehen geblieben und die Bestimmungen über die Feuerkasse gehören zum großen Teil dem öffentlichen Recht an.[4] Demnach richten sich die Rechte der Hypothekengläubiger an den Versicherungsgeldern in erster Linie nach dem Feuerkassengesetz, soweit dieses besondere Vorschriften nicht enthält, nach dem B.G.B.

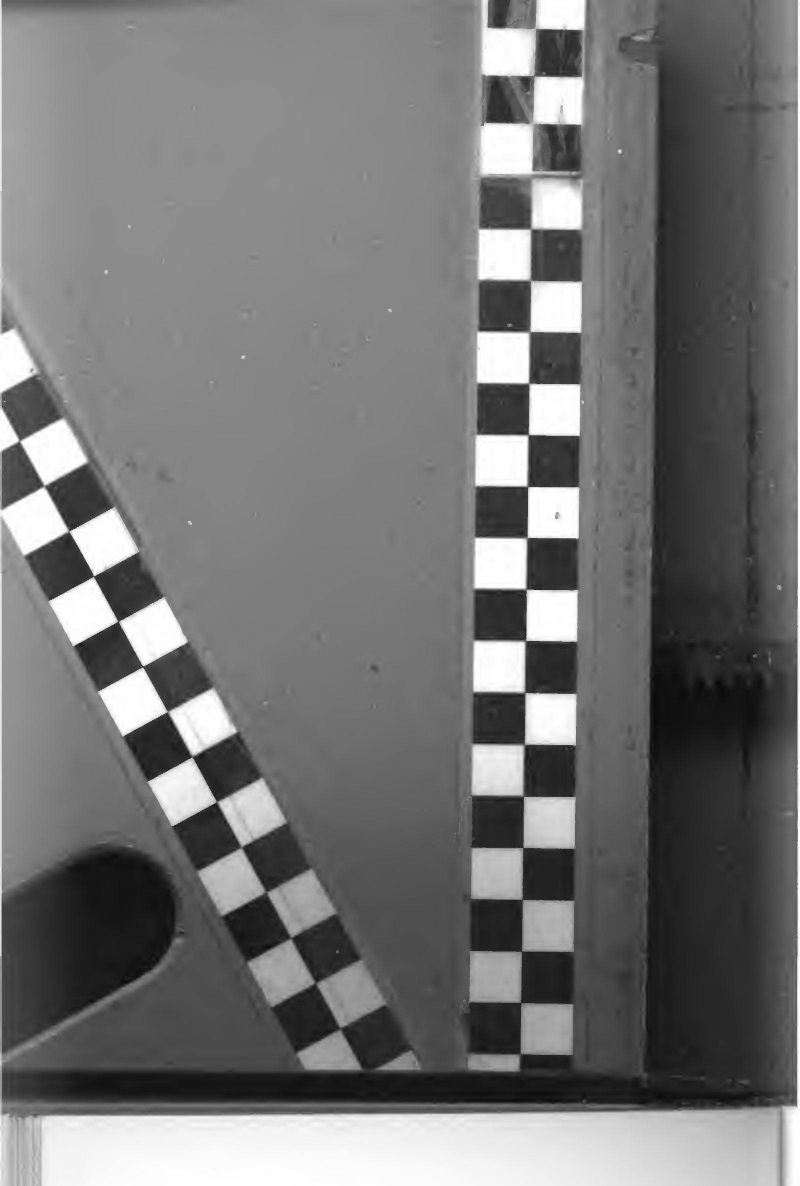
II. Verhältnis der Feuerkasse zu den Hypothekengläubigern.

1. Schon nach früherem Recht erstreckte sich die Haftung des Grundstücks für die Hypothekposten auch auf die an die Stelle eines abgebrannten Gebäudes tretenden Versicherungsgelder (§ 31 Gesetz vom 4. Dezember 1868). Nach neuem Recht erstreckt sich die Hypothek, Grundschuld und Rentenschuld ebenfalls auf die Forderung gegen den Versicherer hinsichtlich der versicherten Gegenstände (§§ 1127, 1192, 1199 B.G.B.). Unter den Hypothekengläubigern im Sinne dieser Vorschriften sind daher auch die Grund- und Rentenschuldgläubiger zu verstehen.

2. Wenn der versicherte Gegenstand wiederhergestellt oder Ersatz für ihn beschafft ist, erlischt die Haftung der Feuerkasse (§ 1127 Abs. 2 B.G.B.). An Stelle der abgebrannten Baulichkeiten treten die auf demselben Grundstück neu errichteten in die Haftung für die Hypothekengläubiger ein, doch haftet die Feuerkasse bis zur Vollendung der Bauten und der Aufnahme derselben nur für den früheren Wert. Die Hypothekengläubiger sind indessen neben dem Eigentümer berechtigt, den Mehrwert anderweitig zu versichern (§ 6 Feuerkassenges.).

Eine dem Art. 110 E.G. z. B.G.B. entsprechende Bestimmung, daß im Falle einer Verlegung der Baulichkeiten auf ein anderes Grundstück die dinglichen Rechte auf das letztere übergehen sollen, enthält das Hamburgische Recht nicht.

4) Vgl. Mot. z. Entw. I des B.G.B. III S. 666; Dernburg III S. 674; Kloß S. 268, wonach alle die öffentlichen Feuerkassen betreffenden Vorschriften, zu denen auch die das Verhältnis der Anstalten zu den Hypothekengläubigern betreffenden zu zählen sind, erhalten geblieben sind. Wulff II S. 244 Anm. 1 steht auf dem entgegengesetzten Standpunkt.



3. Im Falle der Doppelversicherung verliert der Versicherte jedes Recht an die Feuerkasse. Doch bleibt die Feuerkasse den Hypothekengläubigern in derselben Weise verhaftet, als wenn der Versicherte nur bei ihr versichert gewesen wäre (§ 4 Feuerkassenges.). Bis zum Belauf des Schadens, für welchen die Feuerkasse hiernach den Hypothekengläubigern haftet, kann sie von dem Versicherten die Abtretung seiner Rechte aus der anderweitigen Versicherung beanspruchen.

III. Die Auszahlung der Entschädigungssumme.

1. Die Entschädigung wird grundsätzlich dem Versicherten nur unter der Voraussetzung ausbezahlt, daß er sie zur Wiederherstellung des abgebrannten Gebäudes verwendet.[5] Durch eine solche Zahlung wird die Feuerkasse auch den Hypothekengläubigern gegenüber befreit.

2. Ausnahmsweise werden drei Viertel[6] der Entschädigungssumme auch im Falle der Nichtwiederherstellung gewährt (§§ 7, 60 Ges.).

a) Erforderlich ist, daß der Senat die Befugnis zur gänzlichen Wegräumung oder zur Nichtwiederherstellung des abgebrannten Gebäudes erteilt und die Hypothekengläubiger ihre Zustimmung dazu gegeben haben. Verweigern die Gläubiger ihre Zustimmung, so können ihnen ihre Hypotheken mit einvierteljährlicher Zinsvergütung sofort ohne vorhergehende Kündigung ausbezahlt werden.[7]

5) Die Auszahlung erfolgt (§ 59 Ges.) 1. bei einem Belaufe der Schadenstaxe bis 1000 Mk. nach Wiederherstellung; 2. bei einem Belaufe der Schadenstaxe von 1000—3000 Mk. zur Hälfte bei Beginn des Baues und zur Hälfte nach Wiederherstellung; 3. bei höherer Schadenstaxe in drei Dritteln bei Beginn, Dachfertigkeit und Feststellung der neuen Schätzung. Sie erfolgt allgemein erst nach Schluß der über die Veranlassung des Schadens erfolgten Untersuchung und an den Eigentümer bezw. dessen Vertreter oder Erben (§ 62 Ges.). Die Befreiung der Feuerkasse durch diese Zahlung den Hypothekengläubigern gegenüber ergibt sich aus dem Feuerkassengesetz. § 1130 B.G.B., der dies auch ausspricht, kommt hier, da es sich um öffentlichrechtliche Vorschriften handelt (s. Anm. 4), direkt nicht zur Anwendung.

6) Das letzte Viertel wird auch gewährt, wenn der Versicherte dasselbe mit Genehmigung der Feuerkassendeputation in andere Gebäude desselben Grundstücks verwendet.

7) Wulff (II S. 233 Anm. 6) hält diese sofortige Kündigungsbefugnis durch das B.G.B. für fortgefallen. Dies ist aber nicht zutreffend, da die ganzen Vorschriften über die Auszahlung der Entschädigung im Falle der Wiederherstellung oder der Nichtwiederherstellung öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten entspringen, daher als aufrechterhalten anzusehen sind (vgl. Anm. 4). Auch der bürgerschaftliche Ausschuß, welcher das neue Feuerkassengesetz beraten hat, scheint zweifelhaft gewesen zu sein, ob das B.G.B. an sich hier zutreffe, da er eine besondere Vorschrift für notwendig erachtet hat, um die Kündigungsfristen des B.G.B. hierauf Anwendung finden zu lassen (vgl. Ausschußber. 1905 Nr. 61 zu § 75 a. E.).

b) Die Auszahlung dieser Entschädigung an den Eigentümer darf nur nach beschaffter Wegräumung der Trümmer und mit Zustimmung der Hypothekengläubiger oder nach Tilgung eines entsprechenden Betrages der ersten Hypothek geschehen.

c) Wenn ein abgebranntes Haus aus gesetzlichen Gründen nicht in derselben Weise wie vor dem Brande wieder aufgebaut werden darf, so ist der dieserhalb etwa nicht zu verwendende oder nicht verwandte Überschuß der Entschädigungssumme dem Eigentümer unter Zustimmung der Hypothekengläubiger auszuzahlen.

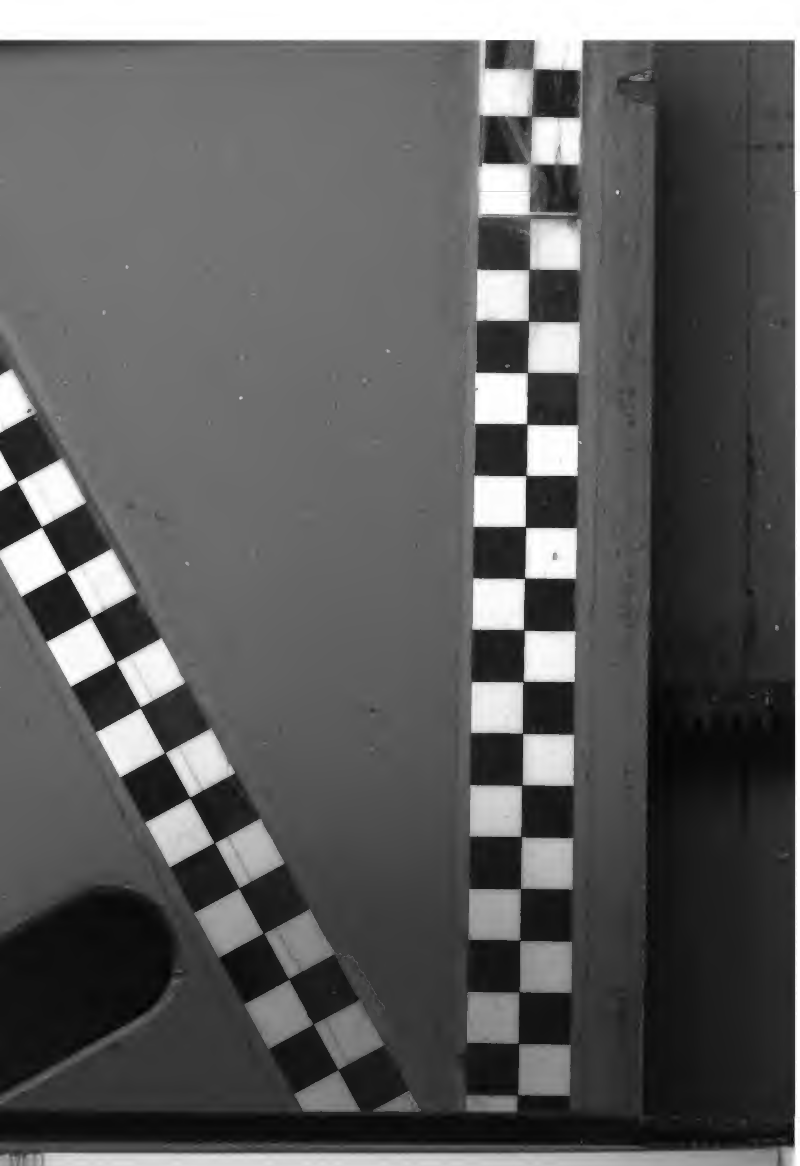
d) In allen Fällen kann die Zustimmung der Hypothekengläubiger ausdrücklich oder stillschweigend erteilt werden. Es kommt aber nicht § 1128 B.G.B. zur Anwendung, nach welchem die stillschweigende Zustimmung angenommen wird, falls der Gläubiger binnen einem Monat nach erfolgter Anzeige Widerspruch nicht erhebt. Vielmehr müssen im Falle der Annahme einer stillschweigenden Zustimmung Momente vorliegen, welche dieselbe außer Zweifel stellen.

Ebensowenig kommen hier die §§ 1281, 1282 B.G.B. zur Anwendung,[8] nach welchen der Versicherer die Hypothekenforderung, soweit sie noch nicht fällig ist, nur an den Hypothekengläubiger und den Eigentümer gemeinschaftlich leisten kann. Denn auch hier hat nach der positiven Bestimmung des Feuerkassengesetzes die Auszahlung grundsätzlich an den Eigentümer, wenn auch mit Zustimmung der Hypothekengläubiger, zu erfolgen. Verweigern diese ihre Zustimmung, so kann der Eigentümer die Auszahlung nur verlangen, falls er die Hypothekengläubiger befriedigt oder sonst die Tilgung eines entsprechenden Teiles der Hypotheken herbeiführt. Eine Ersetzung der Zustimmung der Hypothekengläubiger durch ein Unschädlichkeitszeugnis kennt das Hamburgische Recht in diesem Falle nicht.

---

8) Wulff (II S. 244 Anm. 1) und ebenso der bürgerschaftliche Ausschuß sowie die Senatskommissare (Ausschußber. 1905 Nr. 61 zu § 74) sind der Ansicht, daß hier die betr. Bestimmungen des B.G.B. zur Anwendung kommen. Dies erscheint jedoch nicht zutreffend, da nicht nur die Feuerkasse ein öffentlichrechtliches Institut ist, sondern auch die vorliegenden Bestimmungen aus öffentlichrechtlichen Rücksichten getroffen sind. Demnach ist das frühere Recht neben dem B.G.B. bestehen geblieben. Fraglich kann es allerdings für das in Vorbereitung befindliche Gesetz sein, ob, wenn die gesetzgebenden Faktoren von der Ansicht ausgegangen sind, daß das Recht des B.G.B. für diese Fälle zur Anwendung zu kommen habe, dies nicht für das zukünftige Recht anzunehmen sein würde.

Auch § 1129 B.G.B. kann nicht zur Anwendung kommen, soweit gemäß § 11 Feuerkassenges. andere Gegenstände als Gebäude versichert sind, vielmehr kommt hier genau dasselbe Recht zur Anwendung wie bei der Versicherung der Gebäude.



3. Grundsätzlich wird die Entschädigung dem Eigentümer nicht ausbezahlt, wenn er den Schaden vorsätzlich oder grobfahrlässig veranlaßt hat (§ 16 Feuerkassenges.).[9] Doch werden die Rechte der Hypothekengläubiger hierdurch nicht berührt, falls das Grundstück im Zwangsversteigerungsverfahren verkauft ist. Dann wird die Versicherungssumme bis zum Betrage der eingetragenen Hypotheken[10] an den Ersteher des Grundstücks ausbezahlt, und zwar unter Vorbehalt des Rückgriffs an den Eigentümer (§ 17 Ges.).[11]

§ 108. Die gewerbliche Pfandleihe.[1]

I. Nach Art. 94 E.G. bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften, welche den Geschäftsbetrieb der gewerblichen Pfandleiher und der Pfandleihanstalten betreffen, sowie diejenigen, nach welchen öffentlichen Pfandleihanstalten das Recht zusteht, die ihnen verpfändeten Sachen dem Berechtigten nur gegen Bezahlung des auf die Sache gewährten Darlehns herauszugeben. Hamburg hat derartige Sonderbestimmungen für die öffentlichen Pfandleihanstalten nicht getroffen. Dagegen hat es sowohl den Geschäftsbetrieb der gewerblichen Pfandleiher, als auch den der öffentlichen Leihhäuser gesetzlich geregelt, ersteren in dem Gesetz vom 10. Dezember 1880 betr. die Pfandleiherordnung,[2] letzteren in der Leihhausordnung vom 29. Dezember 1882.[3] Beide Ordnungen sind in der

---

9) Nach dem neuen Entwurf (§ 77) soll die Entschädigung auch verfallen, wenn die Wiederherstellung nicht längstens binnen 5 Jahren vom Tage der Anzeige des Schadens an geschehen ist.

10) Ob die Feuerkasse auch den Betrag einer Eigentümerhypothek auszuzahlen hat, kann zweifelhaft erscheinen. Nach dem Sinne des Gesetzes dürfte die Frage zu verneinen sein, wenn auch die Zahlung der Feuerkasse nicht direkt an die Hypothekengläubiger, sondern an den Ersteher des Grundstücks geht. Aber die Verpflichtung der Feuerkasse ist eine unmittelbare Folge aus der Pfandhaftung der Versicherungssumme und der schuldige Eigentümer hat seinen Anspruch auf dieselbe auch als Inhaber einer Eigentümerhypothek verwirkt.

11) Nach § 17 des Feuerkassenges. hat die Feuerkasse am Überschuß andern Gläubigern gegenüber ein Vorrecht. Dieses Recht ist aber, wie Wulff (II S. 235 Anm. 5) und die Mot. zu dem neuen Gesetz (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1902 S. 166) mit Recht annehmen, beseitigt, da es mit dem neuen Zwangsversteigerungsrecht, auch soweit dasselbe in Ergänzung des Reichsrechts landesrechtlich geregelt ist, nicht im Einklang steht.

1) Vgl. Dernburg III S. 816; Kloß S. 273; Oertmann S. 537.

2) Vgl. Wulff I S. 550.

3) Vgl. Wulff I S. 291. Diese Vorschriften sind auch dadurch aufrechterhalten worden, daß sie dem öffentlichen Recht angehören (Art. 55 E.G. z. B.G.B.).

Form des Gesetzes erlassen worden, wenngleich § 38 Abs. 1 G.O. die Zentralbehörde des Staates, d. h. den Senat, zum Erlaß der Vorschriften berechtigt hätte. Die Vorschriften des B.G.B. greifen daneben nur subsidiär Platz.

II. Das Hamburgische Recht behandelt als Pfandleihgewerbe die gewerbsmäßige Gewährung von Darlehen auf einzelne Pfänder, z. B. Wertsachen, Mobilien, Geräte, Kleider, auch Wertpapiere und Sparkassenbücher,[4] und den gewerbsmäßigen Ankauf solcher Sachen mit Gewährung des Rückkaufsrechts.[5] Die Zahlung des Kaufpreises gilt als Hingabe des Darlehns, der bedungene Unterschied zwischen Kaufpreis und Rückkaufpreis als bedungene Vergütung für das Darlehn und die Übergabe der Sache als ihre Verpfändung für das Darlehn. Dagegen fallen unter das Pfandleihgewerbe nicht die kaufmännischen Verpfändungen (§ 1 Gesetz vom 10. Dezember 1880).[6]

III. Der Abschluß der Pfandleihgeschäfte.

1. Der Abschluß des Pfandgeschäftes erfolgt nach den Vorschriften des B.G.B., insbesondere durch Übergabe des Pfandes, bei Verpfändung von Forderungen durch Anzeige an den Schuldner.

2. Nicht wesentlich für das Zustandekommen des Pfandvertrages, aber in Abweichung von §§ 1205 ff. B.G.B. vorgeschrieben ist:

a) die Eintragung jedes abgeschlossenen Geschäfts mit allen Einzelheiten in ein Pfandbuch (§§ 6 Gesetz vom 10. Dezember 1880, 19, 21 Leihhausordn.);

b) die Ausstellung eines Pfandscheins oder Lombardzettels,[7] welcher die Einzelheiten des Pfandgeschäfts, insbesondere die Bezeichnung des versetzten Gegenstandes, den Betrag des Vorschusses, der Zinsen bezw. Gebühr und die Verfallzeit enthalten muß. Besteht bei einem von einem privaten Pfandleiher ausgegebenen Pfandschein

4) Vgl. Entsch. des R.G. in Zivils. 39 S. 350. Die Hamburgischen öffentlichen Leihhäuser dürfen nur Hamburgische Staatspapiere und Sparkassenbücher beleihen, sowie solche Gegenstände, welche einen allgemein gangbaren Wert haben, keinen zu großen Raum einnehmen und bei sorgfältiger Aufbewahrung während der Versatzzeit weder dem Verderb, noch einer bedeutenden Wertabnahme ausgesetzt sind (§ 5 Leihhausordn.).

5) Dies entspricht den §§ 34, 38 G.O.

6) Die Pfandleiher einschließlich der Rückkaufshändler bedürfen nach §§ 34, 38 G.O., 2, 3 Ges. v. 10. Dez. 1880 zum Geschäftsbetriebe der polizeilichen Erlaubnis.

7) Vgl. §§ 6 Nr. 2 Ges. v. 10. Dez. 1880, 11 Leihhausordn.

ein Widerspruch mit den Angaben des Pfandbuches, so spricht die Vermutung für die Richtigkeit der Angaben des Pfandscheins (§ 7 Gesetz vom 10. Dezember 1880).

α) Der Pfandschein und der Lombardzettel sind, obwohl einseitig von dem Pfandleiher oder dem Leihhausbeamten ausgestellt, für die Bedingungen des Geschäftes nach beiden Seiten hin maßgebend.

β) Die Pfandscheine und Lombardzettel sind auf den Inhaber ausgestellt. Der Inhaber des Pfandscheins oder Lombardzettels ist zur Rückforderung des Pfandes gegen Erstattung des Vorschusses und der Zinsen oder der Gebühr berechtigt.

aa) Der vom öffentlichen Leihhaus ausgestellte Lombardzettel ist als ein Inhaberpapier anzusehen. Nur gegen Rücklieferung des Zettels, aber auch lediglich gegen solche Rücklieferung wird der verpfändete Gegenstand zurückgegeben (§ 12 Leihhausordn.). Einen Gegenbeweis gegen die Angaben des Lombardzettels läßt das Gesetz nicht zu.

bb) Dagegen ist der private Pfandschein nicht als Inhaberpapier anzusehen.[8] Bei ihm spricht für die Richtigkeit der Angaben des Pfandscheins nur eine Vermutung und ist ein Gegenbeweis zulässig.

Ist dem Pfandleiher angezeigt, daß ein Pfandschein verloren worden ist, so darf er das Pfand dem Inhaber des Pfandscheins nur mit Einwilligung des Anzeigenden oder auf Vorlage eines richterlichen Urteils über die Berechtigung des Inhabers ausliefern.[9] Falls er das Pfand verkauft, hat er den angeblichen Verlust des Pfandscheins der Polizeibehörde anzuzeigen, und den Überschuß aus dem Pfandverkaufe an die Polizeibehörde abzuliefern. Die Polizeibehörde hat den Überschuß, wenn sich binnen eines Jahres niemand mit dem Pfandschein meldet, dem sich genügend legitimierenden Berechtigten, d. h. dem-

8) Vgl. Wulff I S. 551 Anm. 6. Daher unterliegen diese Scheine nicht dem Pfandrechte des Vermieters (Dernburg III S. 818 Anm. 9). Der Pfandschein ist auch weder eine Schuldverschreibung auf den Inhaber, noch ein Legitimationspapier gemäß § 808 B.G.B., so daß er nicht aufgeboten werden kann (Wulff I S. 553 Anm. 4).

9) Es muß zunächst, bevor der Pfandleiher in Anspruch genommen wird, der Streit unter den Prätendenten über die Berechtigung ausgetragen werden. Wird der Pfandleiher direkt von einem Prätendenten auf Herausgabe verklagt, so muß die Klage abgewiesen werden. In diesem Sinne auch Wulff I S. 553 Anm. 5. Vgl. für das preußische Recht Dernburg III S. 818.

jenigen, der den Pfandschein verloren hat, oder dem Verpfänder herauszugeben (§ 12 Gesetz vom 10. Dezember 1880).

3. Den Pfandleihern und Leihhäusern ist der Abschluß gewisser Pfandgeschäfte verboten.

a) Es dürfen keine Gegenstände beliehen werden, bei denen der Verdacht vorliegt, daß sie gestohlen oder sonst unrechtmäßig erworben sind. Dazu gehören insbesondere Sachen, welche mit Zeichen der Allgemeinen Armenanstalt, sonstiger öffentlicher Anstalten, der Kirchen oder milden Stiftungen versehen sind.[10] Den öffentlichen Leihhäusern ist ferner noch verboten die Beleihung von Dienstuniformen und Dienstwaffen,[11] sowie von Handwerksgerät.

b) Es dürfen keine Pfandgeschäfte mit Minderjährigen, von den öffentlichen Leihhäusern auch nicht mit Pfandleihern und Angestellten der Leihhäuser, von den privaten Pfandleihern nicht mit Dienstboten abgeschlossen werden, welche namens ihrer Herrschaft auftreten, es sei denn, daß die Zustimmung der Herrschaft außer Zweifel steht.[12]

Verträge, welche diesen Vorschriften zuwider abgeschlossen sind, sind nichtig. S. S. 150.

IV. Das Schuldverhältnis aus dem Darlehnsvertrage zwischen Pfandleiher und Verpfänder weist einige Eigentümlichkeiten auf:

1. Der Zinsfuß unterliegt bei den privaten Pfandleihern keiner Beschränkung,[13] abgesehen von den reichsrechtlichen Vorschriften über den Wucher. Seitens der öffentlichen Leihhäuser wird für Zinsen und Kosten eine Gebühr von 1 Pfennig für jede Mark und jeden angefangenen Monat erhoben (§ 10 Leihhausordn.).

2. Die privaten Pfandleiher können Darlehnsverträge in jeder Höhe abschließen, bei den öffentlichen Leihhäusern ist dagegen der Mindestbetrag des Darlehns

---

10) Vgl. §§ 4 Ges. v. 10. Dez. 1880; 5 Abs. 3, 6 Abs. 2 Leihhausordn.

11) Vgl. § 5 Abs. 3 Leihhausordn., auch § 370 Ziff. 3 S.G.B., welcher die Inpfandnahme von Montierungs- oder Armaturstücken von einem zum Dienststande gehörenden Unteroffizier oder Gemeinen des Heeres oder der Marine ohne die schriftliche Erlaubnis des vorgesetzten Kommandeurs unter Strafe stellt.

12) Vgl. §§ 6 Abs. 1 Leihhausordn.; 5 Ges. v. 10. Dez. 1880.

13) Früher waren die Pfandleiher nach Art. 4 der Ver. v. 8. Okt. 1789 und Notifik. v. 29. April 1790 (Wulff 1. Aufl. II S. 273, 274) hinsichtlich der Höhe der Zinsen beschränkt. Diese Beschränkungen sind durch § 15 Ges. über die Pfandleiher v. 28. Juni 1871 aufgehoben und in der neuen Pfandleiherordn. nicht wiederholt.

1 Mk., der Höchstbetrag 2000 Mk. (§ 8 Leihhausordn.). Sie sind auch befugt, bei Hingabe des Darlehns mit etwaigen Gegenansprüchen aufzurechnen, z. B. der Ersatzforderung für die Feuerversicherung des Pfandes, und die um diesen Betrag reduzierte Summe dem Darlehnsnehmer auszukehren.

3. Das Darlehn kann von dem Schuldner jederzeit ohne Kündigung zurückbezahlt werden. Für den Pfandleiher ist das Darlehn aber erst zu einem bestimmten Termine fällig. Der Termin kann bei den Darlehen der privaten Pfandleiher von den Parteien beliebig vereinbart werden. Die Darlehen der öffentlichen Leihhäuser werden dagegen auf sechs Monate geschlossen, Verlängerungen über diese Zeit hinaus gelten als neue Beleihungen (§ 9 Leihhausordn.).

4. Der Schuldner haftet abweichend vom gewöhnlichen Pfandvertrage nur mit der Pfandsache für das Darlehn, nicht auch persönlich. Reicht der Erlös aus dem Pfandverkauf zur Ausgleichung der Schuld des Darlehnsnehmers nicht aus, so hat der Pfandleiher einen weiteren Anspruch gegen den letzteren nicht.[14] Geht das Pfand durch Zufall unter, so erlischt die Forderung aus dem Darlehn (§§ 9 Abs. 2 Gesetz vom 10. Dezember 1880, 13 Leihhausordn.).

5. Der Pfandleiher ist nicht berechtigt, seine Forderung aus dem Darlehnsvertrage an einen Dritten abzutreten, es sei denn, daß dies selbst ein Pfandleiher ist. Dagegen ist ein Übergang der Forderung im Wege der Universalsukzession zulässig.[15]

---

14) Dies ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen, wie z. B. für das sächsische Recht (vgl. Kloß S. 273), ergibt sich aber aus der Natur der Sache, insbesondere daraus, daß in dem Pfandbuch der Name des Verpfänders gar nicht angegeben wird, daß im Falle des zufälligen Unterganges des Pfandes dem Pfandleiher irgend ein Anspruch auf Erstattung des Darlehns nicht zusteht, sowie aus § 18 Abs. 2 Leihhausordn., wonach die bei dem öffentlichen Verkaufe einzelner Pfänder im Laufe eines Jahres eingetretenen Verluste aus den während desselben Jahres der Staatskasse verfallenen Überschüssen zu decken sind, woraus mithin folgt, daß dem Staate in diesem Fall ein Anspruch auf den Ausfall gegen den Verpfänder versagt wird. So auch Beibl. 1906 Nr. 203. A. M. Wulff I S. 552 Anm. 6 a. E. und die dort mitgeteilte Entsch. des O.L.G. v. 29. April 1899, sowie Beibl. 1907 Nr. 25. Daß der Schuldner Anspruch auf den das Darlehn nebst Zinsen und Kosten übersteigenden Mehrerlös hat, widerspricht dem nicht. Denn dem Schuldner ist die Möglichkeit gegeben, sich an den ihm bekannten Gläubiger zu halten, auch würde kein Grund vorliegen, in dieser Beziehung das Recht des Schuldners irgendwie zu beschränken. Die Ausführungen in dem Urteil Beibl. 1907 Nr. 25 widerlegen nicht das wesentliche Moment, daß es sich hier um einen ganz eigenartigen Pfandvertrag handelt, bei dem nach dem Wesen des Verkehrs eine Nachleistung in der Regel schon aus tatsächlichen Gründen ausgeschlossen ist.

15) Vgl. Beibl. 1904 Nr. 164 (R.G.).

Daraus ergibt sich auch die Unpfändbarkeit dieser Forderungen (§ 851 Z.P.O.).

V. Auch das Pfandrecht weist Eigentümlichkeiten auf, welche vom Reichsrecht abweichen.

1. Der Pfandleiher haftet für alle Sorgfalt, nicht aber für Zufall, und zwar auch dann nicht, wenn derselbe keine höhere Gewalt ist. Der private Pfandleiher muß jedoch, bei Verlust der Einrede des Zufalls, von zufälligen Beschädigungen des Pfandes der Polizeibehörde binnen 24 Stunden Anzeige machen und binnen 8 Tagen ein genaues Verzeichnis der beschädigten oder untergegangenen Pfänder einliefern (§ 9 Abs. 1 Gesetz vom 10. Dezember 1880). S. auch IV 4.

2. Die Verwertung der nicht eingelösten Pfänder ist im Vergleich zu den Vorschriften des B.G.B. eine vereinfachte.

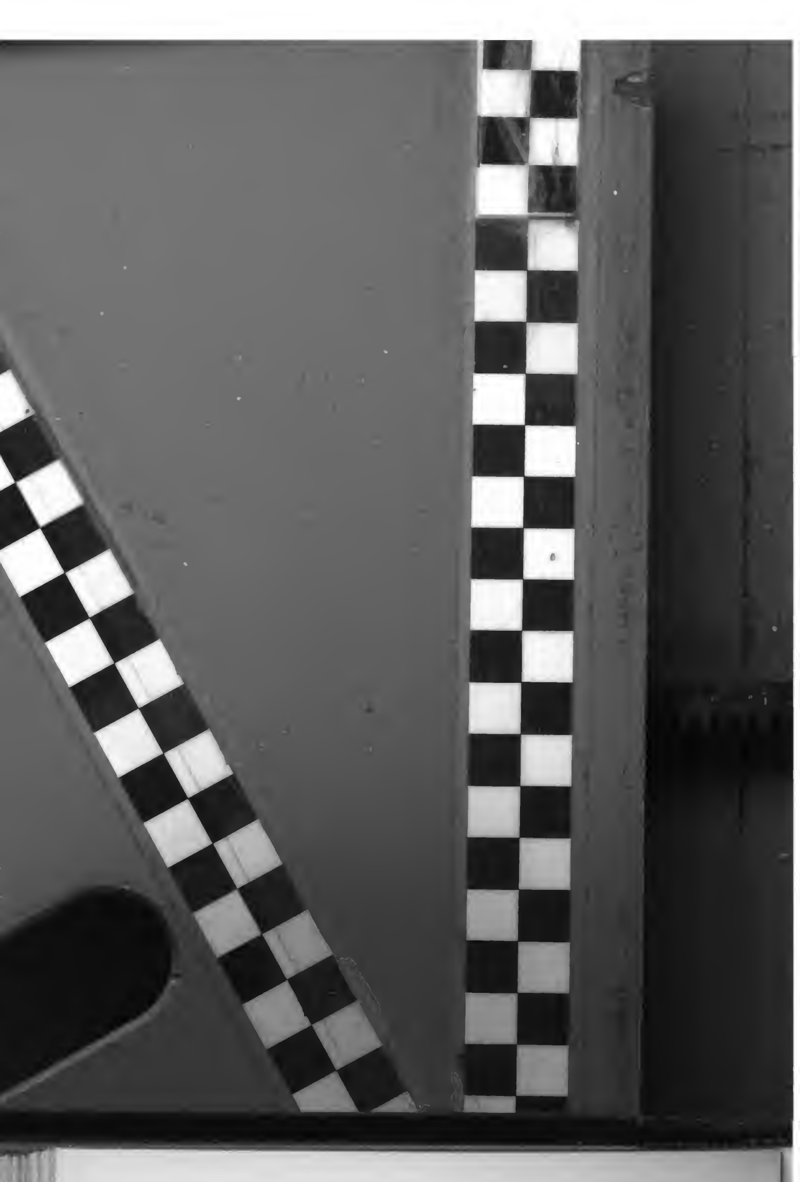
a) Die nicht eingelösten Pfänder werden öffentlich verkauft, ohne daß es einer Androhung (§ 1234 B.G.B.) oder besonderen Benachrichtigung des Eigentümers des Pfandes bedarf (§§ 1237, 1241 B.G.B.). Von dem öffentlichen Verkauf darf auch da nicht abgesehen werden, wo dies beim regelmäßigen Pfandverkauf gestattet ist, z. B. falls das Pfand einen Börsen- oder Marktpreis hat (§ 1235 Abs. 2 B.G.B.) oder bei Gold- und Silbersachen (§ 1240 Abs. 2 B.G.B.).

α) Seitens der öffentlichen Leihhäuser werden die Pfänder in öffentlicher Auktion durch einen Auktionator verkauft (§§ 14—17 Leihhausordn.). Der Auktionstermin soll mindestens 14 Tage vorher öffentlich bekannt gemacht werden.

β) Seitens der privaten Pfandleiher sind die Pfänder binnen 12 Monaten nach der Verfallzeit durch das Gerichtsvollzieheramt, in Ritzebüttel und Bergedorf durch die Gerichtsvollzieher öffentlich zu verkaufen (§ 10 Gesetz vom 10. Dezember 1880).[16]

Über die Art und Weise des öffentlichen Verkaufs trifft die Instruktion für das Gerichtsvollzieheramt und die Gerichtsvollzieher vom 1. Januar 1900[17] (§ 100) Bestimmung. Danach kommen grundsätzlich die Vorschriften des B.G.B. über den Pfandverkauf (§§ 1228—1249) zur Anwendung, jedoch mit der Maßgabe, daß, abgesehen von dem

16) In der Fassung des Ges. v. 21. Februar 1887.
17) Vgl. Wulff III S. 442.



bereits oben erwähnten (unter a) Fortfall der Androhung und der Benachrichtigung,

aa) der Pfandleiher nicht befugt ist, von den Versteigerungsbedingungen des § 1238 B.G.B.[18] Abweichendes zu bestimmen;

bb) der Pfandleiher dem Gerichtsvollzieheramt oder den Gerichtsvollziehern ein Verzeichnis der zu verkaufenden Gegenstände einzureichen hat;

cc) der Versteigerungstermin in ortsüblicher Weise bekannt zu machen ist;

dd) im Termin zunächst die Verkaufsbedingungen bekannt zu machen sind, dann zum Bieten aufzufordern und über die Versteigerung ein Protokoll aufzunehmen ist;

ee) endlich nach erfolgter Abrechnung die Akten der Polizeibehörde zur Kenntnisnahme mitzuteilen sind.

b) Aus dem Verkaufserlös wird zunächst das Darlehn nebst Zinsen und Kosten gedeckt. Als Kosten sind alle diejenigen Kosten zu verrechnen, welche tatsächlich zum Zweck des Verkaufs angemessen aufgewandt worden sind, nicht aber die Generalunkosten des Pfandleihers.[19] Der Überschuß gebührt dem Berechtigten. Diese Schuld ist eine Holschuld.

α) Die öffentlichen Leihhäuser haben den Überschuß ein Jahr aufzubewahren und innerhalb dieser Zeit dem Inhaber des Lombardzettels auszuhändigen (§ 18 Leihhausordn.).

β) Die privaten Pfandleiher haben den Überschuß zugunsten des Verpfänders 6 Wochen aufzubewahren und dann an die Polizeibehörde abzuliefern, welche ihn im gleichen Sinne ein weiteres Jahr aufzubewahren hat (§ 11 Gesetz vom 10. Dezember 1868). Der Verpfänder kann während dieser Zeit die Herausgabe des Überschusses fordern. Als hierzu berechtigt wird regelmäßig der durch

18) Das ergibt sich aus § 100 in Verbindung mit § 99 Abs. 6 der Instr. für die Gerichtsvollzieher.

19) Die Polizeibehörde ist nicht befugt, eine allgemeine Verfügung darüber zu erlassen, inwieweit die Kosten anrechnungsfähig sind; denn durch die Pfandleiherordnung ist der Gewerbebetrieb der Pfandleiher in Gemäßheit der Gewerbeordnung erschöpfend geregelt und ist die Behörde nicht berechtigt, weitere Vorschriften zu treffen (Beibl. 1895 Nr. 108). Bei den Auktionen der öffentlichen Leihhäuser wird eine Auktionsgebühr von 6 % des Erlöses berechnet (§ 17 Leihhausordn.).

den Besitz des Pfandscheins legitimierte Verpfänder zu gelten haben, wobei jedoch abweichend von α die Berechtigung im Falle des Verlustes des Pfandscheins auch auf andere Weise nachgewiesen werden kann (s. III 2 b).

c) Nach Ablauf des einen Jahres fällt der nicht zurückgeforderte Überschuß dem Fiskus anheim, es erlischt also das Recht des Verpfänders, welches bei sonstigen Verpfändungen bis zum Ablauf der regelmäßigen Verjährung fortbesteht (§ 1247 B.G.B.).

§ 109. Die Privatpfändung.

I. Nach Art. 89 E.G. z. B.G.B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die zum Schutz der Grundstücke und der Erzeugnisse von Grundstücken gestattete Pfändung von Sachen unberührt. Solche Bestimmungen hat die Hamburgische Gesetzgebung schon früher[1] gekannt, sie sind besonders getroffen worden in dem Gesetz betr. den Forst- und Feldfrevel vom 12. Dezember 1898 (§§ 41—48).[2]

II. Die Privatpfändung[3] ist ein Akt der Selbsthilfe, welcher über das im B.G.B. (§§ 229—231) erlaubte Maß hinausgeht. Sie gewährt dem Berechtigten die Befugnis, sich, erforderlichenfalls mit Gewalt, in den Besitz einer schadenstiftenden Sache zu setzen, sich in diesem Besitze zu erhalten und sich aus der Sache für seinen Schaden zu befriedigen. Die Privatpfändung sichert dem Berechtigten den Beweis des Frevels und bietet ihm gleichzeitig Sicherheit für den Schadensersatz.

III. Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Privatpfändung (§ 41 Gesetz vom 12. Dezember 1898).

1. Nur Tiere können gepfändet werden, welche sich unbefugt auf fremden Grundstücken befinden, nicht aber diejenigen leblosen Sachen, Wagen, Pflug usw., die sich mit dem Tiere auf dem Grundstück befinden. Im einzelnen können gepfändet werden:

a) Vieh, welches unbefugt auf einem Grundstück weidet.

1) Z. B. in der Erneuerten Bekanntmachung wider das Weiden von Schafen und Ziegen auf dem Walle v. 17. Mai 1833 (Wulff 1. Aufl. II S. 43).
2) Vgl. Wulff II S. 550.
3) Über die geschichtliche Entwicklung dieses Rechts, der Schüttung, vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht I § 70.

b) Reit- oder Zugtiere oder anderes Vieh, welches beim unbefugten Reiten, Karren, Fahren, Viehtreiben Holzschleifen, Pflugwenden von Grundstücken oder beim Gehen über Äcker, deren Bestellung vorbereitet oder in Angriff genommen ist, benutzt wird.[4]

2. Berechtigt zur Vornahme der Pfändung sind:

a) der Geschädigte;

b) Personen, welche das Grundstück zu beaufsichtigen haben oder zur Familie, zu den Dienstleuten oder zu den auf dem Grundstücke beschäftigten Arbeitsleuten des Geschädigten gehören;

c) der Feld- oder Forsthüter.

Die unter b und c aufgeführten Personen handeln in Vertretung des Geschädigten.

3. Zulässig ist die Pfändung, welche durch Besitzergreifung erfolgt, nur, falls das Vieh sich noch auf dem Grundstücke befindet oder in unmittelbarer Verfolgung ergriffen wird.

4. Weitere Voraussetzungen für die Zulässigkeit stellt das Gesetz nicht auf. Insbesondere verlangt es nicht, daß bereits ein Schaden eingetreten ist oder droht oder daß der Schadensersatzanspruch aus irgend einem Grunde, insbesondere aus Mangel sofortiger obrigkeitlicher Hilfe, gefährdet ist.

IV. Wirkung der Pfändung.

1. Die Pfändung erzeugt ein Pfandrecht an den gepfändeten Tieren, dessen Inhalt nach dem bürgerlichen Recht (§§ 1204 ff. B.G.B.) zu beurteilen ist. Die Tiere haften für den entstandenen Schaden oder das Ersatzgeld (s. § 57) und für alle durch die Pfändung und Schadensfeststellung verursachten Kosten (§ 42 Gesetz betr. Forst- und Feldfrevel). Dazu gehören auch die Kosten der Verwahrung und Pflege des Tieres, sowie die eventuellen Kosten eines Prozesses über die Gültigkeit der Pfändung, die Feststellung des Schadens usw.[5]

2. Der Besitz der Pfandobjekte bleibt zunächst bei dem Pfändenden, der spätestens binnen 24 Stunden der Ortspolizeibehörde[6] Anzeige zu erstatten hat.

---

4) Vgl. §§ 41 Abs. 2, 29 Ges. v. 12. Dez. 1898; 368 Nr. 9 S.G.B. Kein Pfändungsrecht besteht aber gegenüber Posten, selbst wenn diese unberechtigt über Grundstücke fahren; vgl. § 18 Ges. v. 28. Okt. 1871 betr. das Postwesen des Deutschen Reichs.

5) Vgl. Wulff II S. 550 Anm. 6.

6) Über die Zuständigkeit für die Verrichtungen der Ortspolizeibehörde s. § 48 Ges. Im Stadtgebiet werden ihre Verrichtungen vom Bezirkskommissar, in den Landgemeinden regelmäßig von dem Vorsitzenden des Gemeindevorstandes wahrgenommen.

Die Ortspolizeibehörde hat über die vorläufige Verwahrung der gepfändeten Tiere zu bestimmen und die Beteiligten, d. h. den für den Tierschaden Verantwortlichen, in der Regel den Halter des Tieres (§ 833 B.G.B.), und den Geschädigten, zu einer gütlichen Einigung vorzuladen (§ 43 Gesetz vom 12. Dezember 1898).

3. Das Pfandrecht erlischt:

a) infolge einer gütlichen Einigung der Parteien;

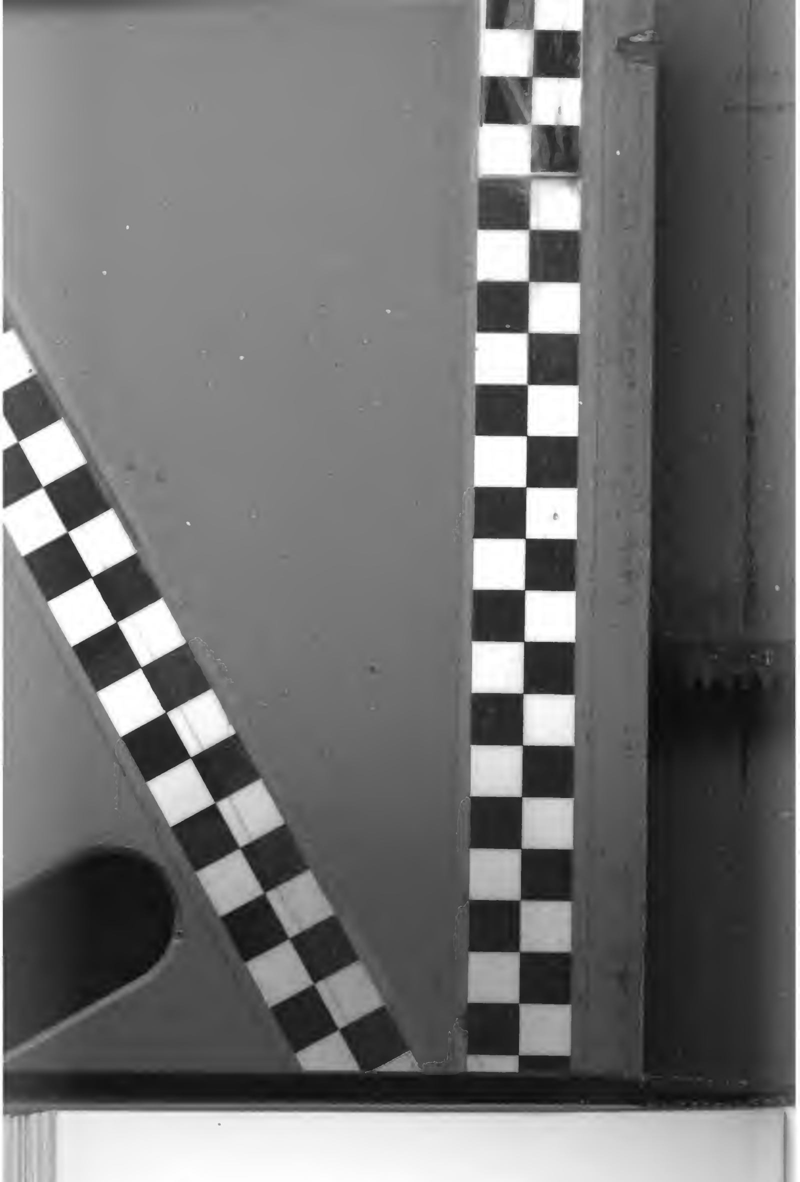
b) falls der Pfändende die Anzeige an die Ortspolizeibehörde nicht rechtzeitig erstattet und der Gepfändete die Rückgabe der Pfandobjekte verlangt. In diesem Falle behält der Geschädigte seinen Schadensersatzanspruch, verliert aber den Anspruch auf Ersatz der Pfändungskosten (§ 44 Gesetz vom 12. Dezember 1898);

c) falls bei der Ortspolizeibehörde ein Geldbetrag oder ein anderer Pfandgegenstand hinterlegt wird, welcher den Forderungen des Geschädigten entspricht (§ 45 Gesetz vom 12. Dezember 1898);

d) falls die Ortspolizeibehörde nach schleunigst angestellten Ermittelungen unter Berücksichtigung aller Umstände durch einstweilige Verfügung eine völlige oder teilweise Freigabe der Pfandobjekte anordnet (§ 46 Gesetz vom 12. Dezember 1898);

e) falls die Ortspolizeibehörde nach angestellten Ermittelungen die weitere Verwahrung der gepfändeten oder an deren Stelle in Pfand gegebenen Tiere verfügt und der Pfändende, d. h. der Geschädigte, den Schadensersatzanspruch nicht binnen zwei Wochen nach Behändigung dieser Verfügung gerichtlich anhängig macht (§ 47 Gesetz vom 12. Dezember 1898).

4. Die Verwertung der Pfandobjekte erfolgt nicht in einem besonderen Verfahren, sondern durch öffentlichen Verkauf gemäß §§ 1233 ff. B.G.B. Mit Rücksicht auf die Vorschrift unter 3 e hat der Geschädigte seinen Ersatzanspruch binnen zwei Wochen nach Zustellung der einstweiligen Verfügung der Ortspolizeibehörde gerichtlich anhängig zu machen. Hat er in diesem Prozesse ein Urteil erwirkt, so kann er auf Grund desselben von neuem pfänden und dann das Pfandobjekt in Gemäßheit der Vorschriften der Z.P.O. verkaufen lassen (§ 1233 Abs. 2 B.G.B.). Er kann aber nicht auf Grund dieses Urteils ohne weiteres das Pfandobjekt verkaufen lassen, da die Ausnahmebestimmung des § 1233 Abs. 2 B.G.B. voraussetzt, daß der Pfandgläubiger für sein



Recht zum Verkauf, nicht aber für die zugrunde liegende Forderung einen vollstreckbaren Titel erlangt hat. Aus dem Erlös des Verkaufs werden die Ansprüche des Geschädigten und seine Kosten bestritten, der Überschuß ist dem Gepfändeten herauszugeben. Ist derselbe nicht bekannt, so wird man auch ohne ausdrückliche Gesetzesvorschrift die Bestimmungen über den Erlös aus der Versteigerung gefundener Sachen (§§ 975 ff. B.G.B.) zur Anwendung zu bringen haben.

Viertes Buch.

Das Familienrecht.

Erster Abschnitt.

Das Eherecht.

Erstes Kapitel.

Die Eheschließung.

§ 110. Die Eheschließung.

Das B.G.B. regelt die Voraussetzungen der Eheschließung ziemlich erschöpfend[1] und läßt der Landesgesetzgebung nur wenig Spielraum.

I. Befreiung von Ehehindernissen.

1. Nach § 1322 B.G.B. steht die Bewilligung einer nach den §§ 1303, 1313 zulässigen Befreiung dem Bundesstaate, welchem die Frau, die Bewilligung einer nach § 1312 zulässigen Befreiung dem Bundesstaate, welchem der geschiedene Ehegatte angehört, die Bewilligung einer nach § 1316 zulässigen Befreiung dem Bundesstaate zu, in dessen Gebiete die Ehe geschlossen werden soll. Über die Erteilung der einem Bundesstaate zustehenden Bewilligung hat die Landesregierung zu bestimmen.

2. Zur Ausführung dieser Bestimmung hat der Senat[2] die Verordnung vom 1. Dezember 1899 (Ges.Samml. 1899 I S. 192; Wulff III S. 87) erlassen. Danach (§ 1) ist zuständig für die Befreiung von dem Ehehindernis der mangelnden Ehemündigkeit der Frau (§ 1303 B.G.B.) und des mit dem andern Teile begangenen, im Scheidungsurteil festgestellten Ehebruchs

1) Vgl. §§ 1303—1322.
2) Über den Senat als Landesregierung vgl. S. 48.



(§§ 1312 B.G.B., 624 Z.P.O.) der Senat.[3] Für die Befreiung von der Einhaltung der zehnmonatlichen Wartezeit nach der Auflösung oder Nichtigkeitserklärung einer früheren Ehe der Frau (§ 1313 B.G.B.), sowie (§ 2) von dem Aufgebot vor der Eheschließung (§ 1316) ist die Aufsichtsbehörde für die Standesämter[4] zuständig.[3]

II. Ehen von Beamten und Ausländern.

1. Nach § 1315 Abs. 1 B.G.B. dürfen Beamte, für die nach den Landesgesetzen zur Eingehung einer Ehe eine besondere Erlaubnis erforderlich ist, nicht ohne die vorgeschriebene Erlaubnis eine Ehe eingehen. In Hamburg bestehen solche Vorschriften nicht.[5]

2. Nach § 1315 Abs. 2 B.G.B. dürfen Ausländer, für die nach den Landesgesetzen zur Eingehung einer Ehe eine Erlaubnis oder ein Zeugnis erforderlich ist, nicht ohne diese Erlaubnis oder ohne dies Zeugnis eine Ehe eingehen. Die Voraussetzungen für die Ehen von Ausländern sind somit für das ganze Reich nicht einheitlich geregelt, vielmehr hat man mit Rücksicht auf den Zusammenhang dieser Vorschriften mit dem öffentlichen Recht den Bundesstaaten einen ziemlichen Spielraum für ergänzende Vorschriften gelassen.

3. Dieser Vorbehalt ist für die Eheschließung von Ausländern in Hamburg praktisch. § 67 A.G. z. B.G.B.[6] regelt die Frage der Eheschließung von Ausländern und Ausländerinnen, indem er die Beibringung von Zeugnissen vorschreibt.

a) Zunächst sind zwei verschiedene Zeugnisse zu unterscheiden:

α) Ausländer oder Ausländerinnen, welche in Hamburg eine Ehe eingehen wollen, haben ein Zeugnis der zuständigen Behörde des Staates, dem sie angehören, beizubringen, daß der Behörde ein nach den Gesetzen dieses Staates be-

---

3) Dies entspricht auch dem früheren Recht. Vgl. § 4 der Ausführungsver. v. 6. Dez. 1875 zum Reichsges. über die Beurkundung des Personenstandes und der Eheschließung (Wulff 1. Aufl. I S. 443).

4) Vgl. unter III.

5) Auch früher bestanden sie nicht; vgl. Niemeyer S. 275. Dagegen vgl. bez. der Ehen von Militärpersonen das Reichsmilitärges. v. 2. Mai 1874 §§ 40, 60 Nr. 4, 61.

6) Solche Beschränkungen bestanden für Fremde, die sich in Hamburg verheiraten wollten, auch früher. Vgl. Ver. v. 30. Nov. 1815 Art. 6; Ges. v. 17. Nov. 1865 (Wulff 1. Aufl. I S. 444) § 25; Niemeyer S. 275. Der § 67 des A.G. ist dem Art. 43 §§ 1—3 des preuß. A.G. z. B.G.B. nachgebildet, mit welchem er wörtlich fast ganz übereinstimmt.

stehendes Ehehindernis nicht bekannt geworden ist. Diese Fassung ist gewählt worden, weil nach Art. 13 E.G. z. B.G.B. die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Eheschließung in Ansehung eines jeden der Verlobten nach dem Gesetze des Staates zu beurteilen sind, dem er angehört. Durch das Zeugnis wird die dem Standesbeamten nach § 45 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 obliegende Prüfung der gesetzlich notwendigen Erfordernisse der Eheschließung wesentlich erleichtert und dem Abschlusse nichtiger und anfechtbarer Ehen nach Möglichkeit vorgebeugt.

β) Ausländer, welche eine Ehe eingehen wollen, haben ein Zeugnis der zuständigen Behörde des Staates, dem sie angehören, beizubringen, daß sie nach den Gesetzen des Staates, dem sie angehören, ihre Staatsangehörigkeit nicht durch die Eheschließung verlieren, sondern auf ihre Ehefrau und ihre ehelichen oder durch die nachfolgende Ehe legitimierten Kinder übertragen. Während das erste Zeugnis für Ausländer beiderlei Geschlechts vorgeschrieben ist, hat das zweite Zeugnis bloß der ausländische Bräutigam für sich beizubringen. Dies Zeugnis wird gefordert, um Verwirrungen der Verhältnisse bez. der Staatsangehörigkeit vorzubeugen und das Inland vor ungebührlicher Inanspruchnahme der öffentlichen Armenpflege zu schützen.[7]

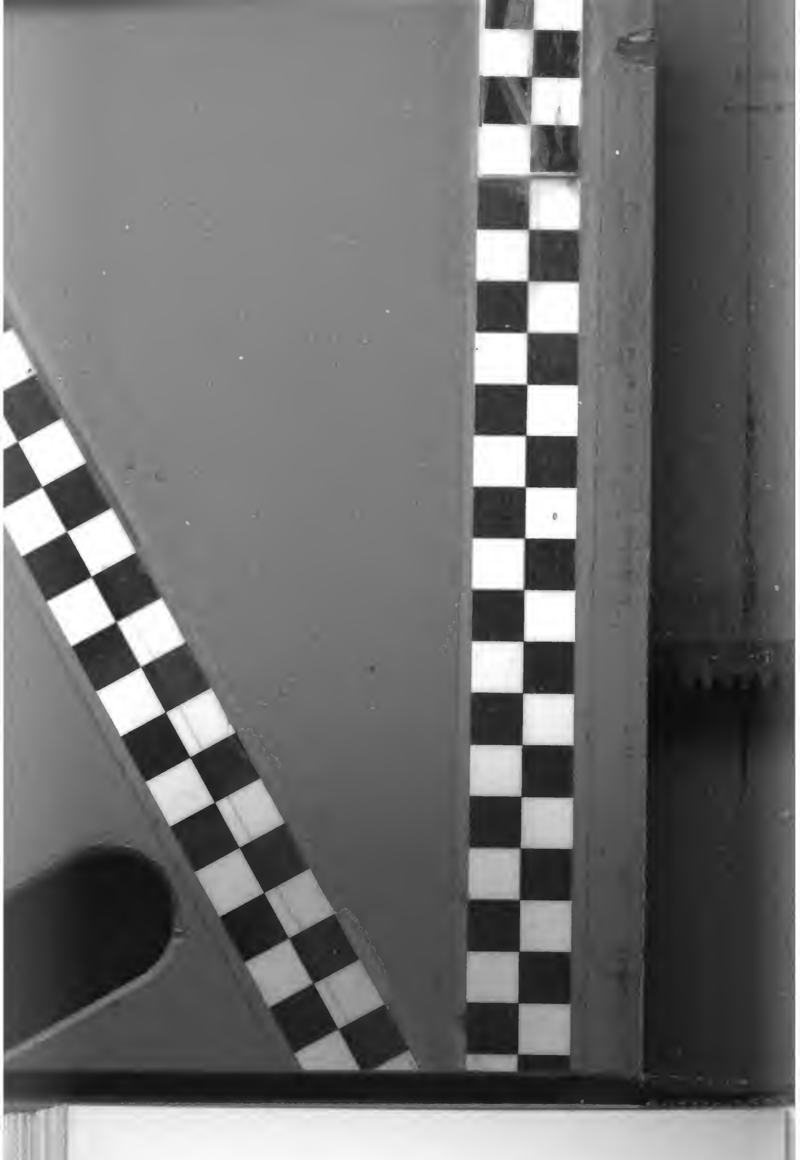
b) Die Zeugnisse brauchen nicht wörtlich der Fassung des § 67 A.G. zu entsprechen, vielmehr genügt es, wenn sich aus ihnen der gesetzlich vorgeschriebene Inhalt ergibt. Sie müssen, sofern sie nicht nach den Bestimmungen der Staatsverträge über die Beglaubigung der von öffentlichen Beamten ausgestellten Urkunden keiner Beglaubigung bedürfen,[8] von einem Konsul oder Gesandten des Reiches mit der Bescheinigung versehen sein, daß die das Zeugnis ausstellende Behörde für die Ausstellung zuständig ist (§ 67 Abs. 2 A.G. z. B.G.B.). Dadurch soll dem Beamten die Prüfung der Zuständigkeit des ausländischen Beamten erleichtert werden.

c) Die Beibringung der Zeugnisse ist obligatorisch und kann nicht durch Notorietät ersetzt werden.[9] Wohl aber

7) Vgl. Wulff III S. 37 Anm. 2; Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 52.

8) Vgl. z. B. die Verträge mit Österreich-Ungarn vom 25. Febr. 1880 und 13. Juli 1881 (R.G.B. 1881 S. 4, 253).

9) Anders für das bayer. Recht, vgl. Oertmann S. 547.



gehen Staatsverträge des Reiches, welche die Angehörigen bestimmter Länder von der Beibringung solcher Zeugnisse befreien, als reichsgesetzliche Normen dieser Bestimmung des Landesrechts vor.[10] So sind nach der Übereinkunft des Deutschen Reiches mit Italien vom 31. Dezember 1874 (Zentralblatt 1874 S. 155), mit Belgien vom 8. Oktober 1875 (Zentralblatt 1875 S. 719) und mit der Schweiz vom 4. Juni 1886 (Zentralblatt 1886 S. 162, 241) Italiener, Belgier und Schweizer, welche mit Deutschen eine Ehe schließen wollen, nicht mehr verpflichtet nachzuweisen, daß sie ihre Staatsangehörigkeit durch die Eheschließung auf Frau und Kinder übertragen.

d) Die Vorschrift bezieht sich nur auf Reichsausländer. Abgesehen hiervon besteht eine Sondervorschrift nur für bayerische Staatsangehörige. Dieselben bedürfen zur Eheschließung eines Verehelichungszeugnisses, daß der Eheschließung das Einspruchsrecht der Heimatsgemeinde nicht im Wege stehe. Diese Vorschrift ist auch in Hamburg zu beachten, wenn es auch ausdrücklich nicht angeordnet worden ist.[11]

e) Der Standesbeamte darf ohne Vorlegung der Zeugnisse eine Ehe nicht abschließen. Doch kann der Senat sowohl im einzelnen Falle wie für die Angehörigen eines ausländischen Staates im allgemeinen Befreiung von der Beibringung des Zeugnisses erteilen.[12] Solche Befreiungen sind in den Dienstanweisungen an die Standesbeamten erteilt, und zwar sind von der Beibringung beider Zeugnisse befreit, außer den unter c erwähnten: die Schweden, Spanier und Norweger, vom zweiten betr. Beibehaltung der Staatsangehörigkeit und Übertragung auf die Kinder: die Dänen, Niederländer, Rumänen, Ungarn. Bei den Angehörigen Großbritanniens tritt an Stelle beider Zeugnisse eine Bescheinigung des Hamburger Generalkonsuls, für die Angehörigen der Vereinigten Staaten entsprechende vor dem zuständigen Konsul abgegebene eidliche Erklärungen. Russen und Griechen sind endlich von der Beibringung des zweiten Zeugnisses befreit, wenn sie eine **Bescheinigung ihres Geistlichen beibringen, daß er bereit sei, sofort nach der Eheschließung die kirchliche Trauung vorzunehmen.**

---

10) So auch die Mot. in Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 52; Wulff III S. 36 Anm. 3; Planck IV zu § 1315 Anm. 4.

11) Vgl. Dernburg IV S. 57 und Oertmann S. 549 ff., wo das Nähere über das Verehelichungszeugnis angegeben ist.

12) Vgl. Abs. 3 § 67 A.G. z. B.G.B.

f) Die ohne Nachweis und Zeugnis vollzogene Eheschließung des Ausländers ist nach deutschem Recht weder nichtig, noch anfechtbar, wie sich aus § 1315 B.G.B. in Verbindung mit den §§ 1323—1328, 1330—1335, 1350 B.G.B. ergibt. § 1315 begründet lediglich ein aufschiebendes Ehehindernis.[13] Doch ist es möglich, daß nach dem für die Gültigkeit der Ehe maßgebenden ausländischen Recht ein Ehehindernis vorliegt, welches die Ehe tatsächlich nichtig macht.

III. Die Eheschließung.

1. Die Ehe soll vor dem zuständigen Standesbeamten[14] geschlossen werden (§ 1320 B.G.B.). Zuständig ist der Standesbeamte, in dessen Bezirk einer der Verlobten seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

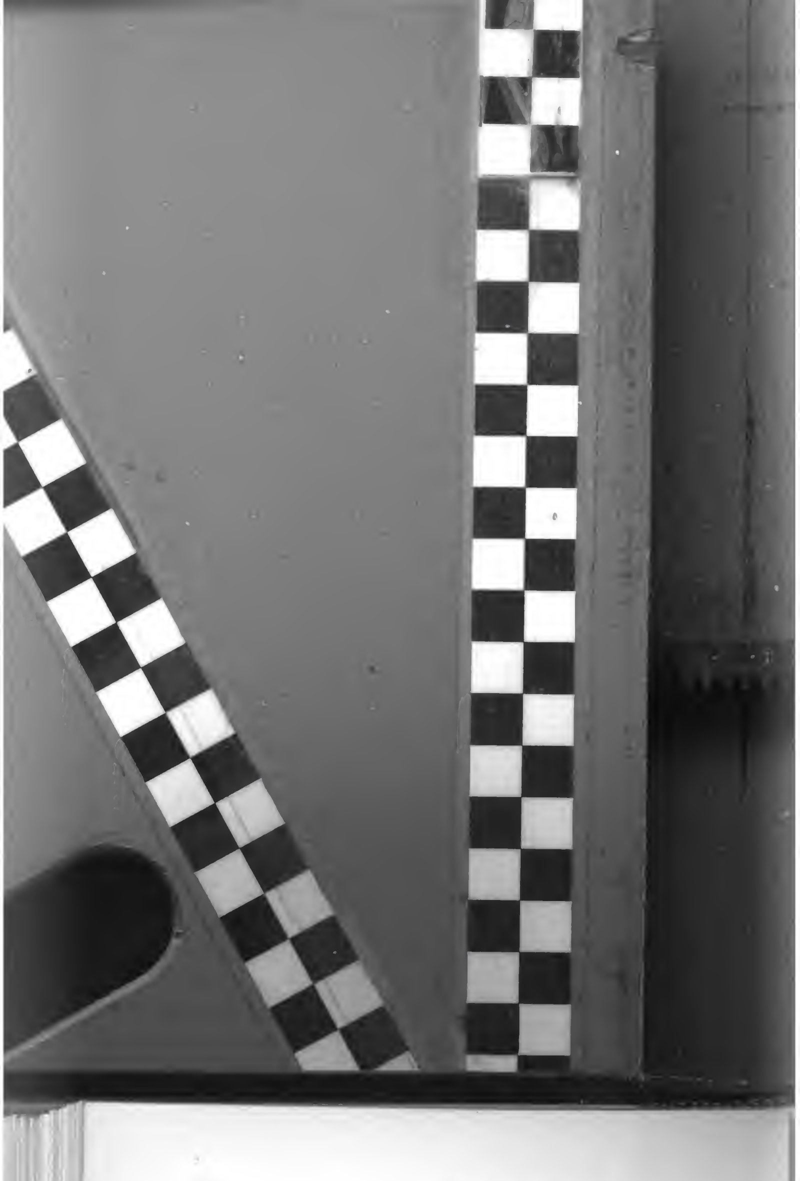
2. Die Bildung der Standesamtsbezirke erfolgt nach § 2 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes durch die höhere Verwaltungsbehörde, die Bestimmung der höheren Verwaltungsbehörde nach § 84 desselben Gesetzes durch die Zentralbehörden der Bundesstaaten.

3. Durch Ver. vom 6. Dezember 1875 (Ges.Samml. 1875 S. 92), abgeändert durch Ver. vom 8. Oktober 1888 (Ges.Samml. 1888 I S. 82), abgedruckt in der jetzt noch gültigen Fassung bei Wulff III S. 245, (§§ 1, 2) hat der Senat sich selbst als „höhere", als „untere" Verwaltungsbehörde im Sinne des Reichsgesetzes dagegen die „Aufsichtsbehörde für die Standesämter" bestimmt, welche aus zwei Mitgliedern des Senats besteht, von denen das eine regelmäßig fungiert, während das andere im Verhinderungsfalle an dessen Stelle tritt. In derselben Verordnung (§ 5) hat der Senat die Standesamtsbezirke für Hamburg gebildet.

---

13) Vgl. Dernburg IV S. 57; Oertmann S. 549; Planck IV zu § 1315 Anm. 5.

14) Im alten Hamburg. Recht wurde die Ehe rechtsgültig durch Beobachtung der für die vom Staate anerkannten Religionsgesellschaften bestehenden Form geschlossen (Baumeister II S. 23). Durch Verordnung vom 24. Okt. 1851 wurde für die Schließung einer gemischten Ehe zwischen Christen und Juden die Zivilehe vor dem Weddeherrn vorgeschrieben. Das Gesetz vom 17. November 1865 führte die fakultative Zivilehe ein, doch war auch für die kirchliche Trauung eine vorherige obrigkeitliche Proklamation vorgeschrieben behufs Feststellung von Ehehindernissen. Ohne das obrigkeitliche Attest, daß der Eheschließung Bedenken nicht entgegenständen, durfte nicht getraut werden. Seit dem 1. Januar 1876 gilt nach dem Reichsges. v. 6. Febr. 1875 die obligatorische Zivilehe.



Zweites Kapitel.

Das eheliche Güterrecht.

Erster Titel.

Das alte Recht.

§ 111. Übersicht über das alte Recht.

I. Die juristische Natur des ehelichen Güterrechts, welches bis zum 1. Januar 1900 in Hamburg als das gesetzliche galt, ist sehr bestritten. Weder das Statut von 1603, noch die Statuten von 1270, 1292 und 1497 sprechen sich ausdrücklich über das ihren güterrechtlichen Vorschriften zugrunde liegende System aus. Bis in den Anfang des 19. Jahrhunderts hat man aus diesen Vorschriften fast unbestritten das Bestehen einer allgemeinen Gütergemeinschaft abgeleitet.[1] Auch die Hamburgische Gesetzgebung ging wiederholt[2] davon aus, daß eine Gütergemeinschaft zwischen den Hamburgischen Eheleuten existiere, und gerichtliche Proklame wegen aufzuhebender Gütergemeinschaft waren keine Seltenheit.[3]

Im vierten Jahrzehnt des vorigen Jahrhunderts wurde ungefähr gleichzeitig für das Hamburgische, Bremische und Lübische Recht die Existenz einer allgemeinen Gütergemeinschaft bestritten.[4] So erschien im Jahre 1830 ein eingehender Aufsatz von Cropp und kurz nachher aus dem Nachlasse von Gries[5] eine unabhängig von der Croppschen verfaßte Ab-

1) Vgl. die ausführlichen Literaturangaben bei Heise u. Cropp, Jurist. Abhandlungen II S. 481 Anm. 100 und S. 506 Anm. 136; Goldfeld, Über das Hamburg. eheliche Güterrecht S. 59.

2) In dieser Beziehung ist besonders bemerkenswert die nach der Befreiung von der französischen Herrschaft erlassene transitorische Verordnung vom 20. Juli 1815, wo es im Art. 12 heißt: „Auch in betreff des Vermögensverhältnisses der unter der Herrschaft der französischen Gesetze, ohne besonderen Heiratsvertrag, verehelichten Personen dauern die gesetzlichen Bestimmungen des französischen Rechts nach dem Wiedereintritte der Hamburgischen Gesetze nicht fort und geben bloß diese die gesetzliche Norm, mithin tritt mit dem Hamburgischen Rechte die Hamburgische gesetzliche eheliche Gütergemeinschaft von selbst ein." Und nach der Neuen Fallitenordnung von 1753 Art. 29 Nr. 2 und 3 (Hasche, Erläut. der Hamb. Fallitenordn. Bd. 2 S. 259—261) gehörte ein Lotteriegewinn selbst dann in die Fallitmasse des Mannes, wenn die Frau den Einsatz aus ihrem Spartopfe genommen hätte, „sintemal der Massen wegen Gemeinschaft der Güter ein gegründetes Recht an solchem Gewinnste zustehet."

3) Vgl. Heise u. Cropp II S. 562; Gries II S. 59.

4) Vgl. Heise u. Cropp II S. 427—578; Berck, Über das Bremische Güterrecht der Ehegatten mit besonderer Rücksicht auf die Schuldenzahlung und das sog. beneficium abdicationis der Witwe; Pauli, Die ehelichen Erbrechte nach Lübischem Rechte.

5) Vgl. Kommentar zum Hamburgischen Stadtrecht von 1603 von Dr. Gries, herausgegeben von Dr. Westphalen II S. 36—81.

handlung über das eheliche Güterrecht in Hamburg. Beide Autoren verwerfen entſchieden den Güterſtand der allgemeinen Gütergemeinſchaft. Nach ihnen behält die Frau das Eigentum an ihrem Vermögen, doch erhält der Mann kraft ſeiner ehelichen Vormundſchaft[6] über Perſon und Vermögen das alleinige Verfügungs- und Verwaltungsrecht hinſichtlich des in ſeine Gewalt gekommenen Frauengutes, ſowie auch das Recht, das letztere mit Schulden zu belaſten. In Einzelheiten gehen die Anſichten von Cropp und Gries auseinander, doch ſtimmen ſie in den Grundgedanken ihres güterrechtlichen Syſtems miteinander überein.[7] Auch Baumeiſter erklärt ſich in ſeinem Privatrecht[8] gegen eine eigentliche materielle Gütergemeinſchaft, betont jedoch die tatſächliche Gütereinheit ſcharf und erklärt kraft der ehelichen Vormundſchaft, welche er als die Grundidee der Hamburgiſchen Rechtsquellen hinſtellt,[9] den Mann zum Alleineigentümer des geſamten Ehevermögens. Daraus leitet er das weitgehende Verfügungsrecht über das von der Frau eingebrachte Gut ab. Während der Fortſetzung der Gütergemeinſchaft hat die beerbte Witwe eine der des Mannes während der Ehe entſprechende Stellung. Die Frau erkennt Baumeiſter während beſtehender Ehe in keiner weſentlichen Beziehung als Mitſubjekt des Ehevermögens an. Die Baumeiſterſche Anſicht weicht in ihrem theoretiſchen Endreſultat von den Anſichten von Cropp und Gries ab, fußt aber auf demſelben Untergrunde und führt den Einfluß der vormundſchaftlichen Gewalt in bezug auf das eheliche Güterrecht bis auf die äußerſte Spitze, indem ſie kraft der Vormundſchaft das Eigentum der Frau mit dem Eheabſchluß dem Manne anfallen läßt. Dieſe Anſicht iſt in der Praxis der Hamburgiſchen Gerichte bis zum Inkrafttreten des B.G.B. am häufigſten vertreten worden,[10] wenngleich ſich auch Urteile finden zugunſten der allgemeinen Gütergemeinſchaft und der Croppſchen Anſicht und in der Theorie wieder meiſt die Anſicht von der materiellen Gütergemeinſchaft vertreten wurde. So trat ſchon

6) Vgl. Stat. von 1603 I 9 Art. 5: „Der Frauen Vormund iſt ihr Ehemann, ſolange er lebet . . . als ihr Ehe Vogt und rechter Vormund" und Stat. III 6 Art. 9: „Der Mann iſt in allewege ſeiner Frauen rechter Vormund."

7) Eine kurze Überſicht der Anſichten von Cropp und Gries findet ſich bei Niemeyer S. 302 f.

8) II §§ 76 ff., 89.

9) II S. 59.

10) Vgl. Niemeyer S. 303; Beibl. 1890 Nr. 107, 1897 Nr. 34, 1902 Nr. 22. Dagegen Beibl. 1885 Nr. 48 für Gütergemeinſchaft und Beibl. 1879 Nr. 118 für die Croppſche Verwaltungsgemeinſchaft.



Trummer[11] gegen Cropp und Gries für die allgemeine Gütergemeinschaft ein, ebenso Goldfeld in seiner Schrift „Über das Hamburgische eheliche Güterrecht"[12] für die Societas omnium bonorum. Wulff[13] und Niemeyer[14] sind zu der Theorie des Veracius zurückgekehrt und nehmen ein deutschrechtliches Gesamteigentum beider Ehegatten an dem Ehegut nach Art der allgemeinen Gütergemeinschaft des B.G.B. an.

Auch die Literatur des deutschen Privatrechts hat bis in die jüngste Zeit überwiegend das Hamburgische Güterrecht als ein System der allgemeinen Gütergemeinschaft angesehen. Gerber[15] ist allerdings ein Hauptvertreter des Cropp schen Systems. Stobbe[16] stellt den Hamburgischen Güterstand unter die allgemeine Gütergemeinschaft, erklärt ihn aber für eine Mischgestalt, welche in überwiegendem Maße Grundsätze der Gütergemeinschaft enthalte. Beseler,[17] Roth,[18] Neubauer,[19] Kraut,[20] Schröder[21] nehmen eine allgemeine Gütergemeinschaft für Hamburg an, letzterer vor allem mit Rücksicht auf die Quotenteilung bei der Auseinandersetzung der Gemeinschaft. Auch die Motive zum I. Entwurf eines B.G.B. (IV S. 138) zählen Hamburg zu denjenigen Gebieten, wo allgemeine Gütergemeinschaft bestehe, und der vom Hanseatischen Oberlandesgericht ausgearbeitete Entwurf eines Überleitungsgesetzes für die alten Ehen[22] erkennt an, daß das Hamburgische eheliche Güterrecht gemeiniglich dem Systeme der Gütergemeinschaft zugesellt werde. Der Senatsentwurf[23] des Überleitungs-

11) Vgl. Trummer, Vorträge III S. 246; Trummer, Erbrecht an verschiedenen Stellen, insbesondere auch II S. 623.

12) Diese Schrift erschien 1888.

13) Vgl. Samml. Hamb. Gesetze 1. Aufl. S. 201 Anm. 1.

14) Vgl. Privatrecht S. 308 f.

15) Vgl. Deutsches Privatrecht § 231 Anm. 1; ferner Betrachtungen über das Güterrecht der Ehegatten nach deutschem Rechte, in den Jahrbüchern für Dogmatik I S. 239 ff.

16) Vgl. Handbuch des Deutschen Privatrechts IV § 237 Anm. 5, § 238 Anm. 41, 42. Eine Gütergemeinschaft nimmt Stobbe nicht an, weil in einzelnen Beziehungen eine Sonderung des Vermögens zugunsten der Frau erfolge. Es handelt sich hier aber bloß um ein in sehr beschränktem Umfange zugelassenes Sondergut der Ehefrau, welches Stobbe im § 238 sub 2 für vereinbar mit der allgemeinen Gütergemeinschaft erklärt.

17) Vgl. Deutsches Privatrecht S. 582 Anm. 5 a. E.

18) Vgl. Deutsches Privatrecht II S. 78.

19) Vgl. das in Deutschland geltende ehel. Güterrecht S. 83.

20) Vgl. Grundriß zu Vorlesungen über Deutsches Privatrecht S. 418.

21) Vgl. Geschichte des ehel. Güterrechts in Deutschland II S. 312, 314.

22) Vgl. dort S. 12. Über diesen Entw. s. unten S. 637.

23) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 74.

gesetzes steht, wenn er sich auch ausdrücklich hierüber nicht ausspricht, gleichfalls auf diesem Standpunkt.

II. Die wichtigsten von der Theorie und Praxis anerkannten Grundsätze des alten Rechts sind folgende:

1. Der Ehemann hat die ausschließliche und freie Verfügung, Vertretung und Verwaltung alles Vermögens, welches beide Ehegatten bei Eingehung der Ehe besitzen.[24] Er kann Mobilien und Immobilien des Samtguts ohne Einwilligung der Frau veräußern.

2. Für die Schulden des Samtgutes haftet das gesamte Vermögen der Ehegatten.[25] Diese Haftung kann Dritten gegenüber vertragsmäßig nicht ausgeschlossen werden.

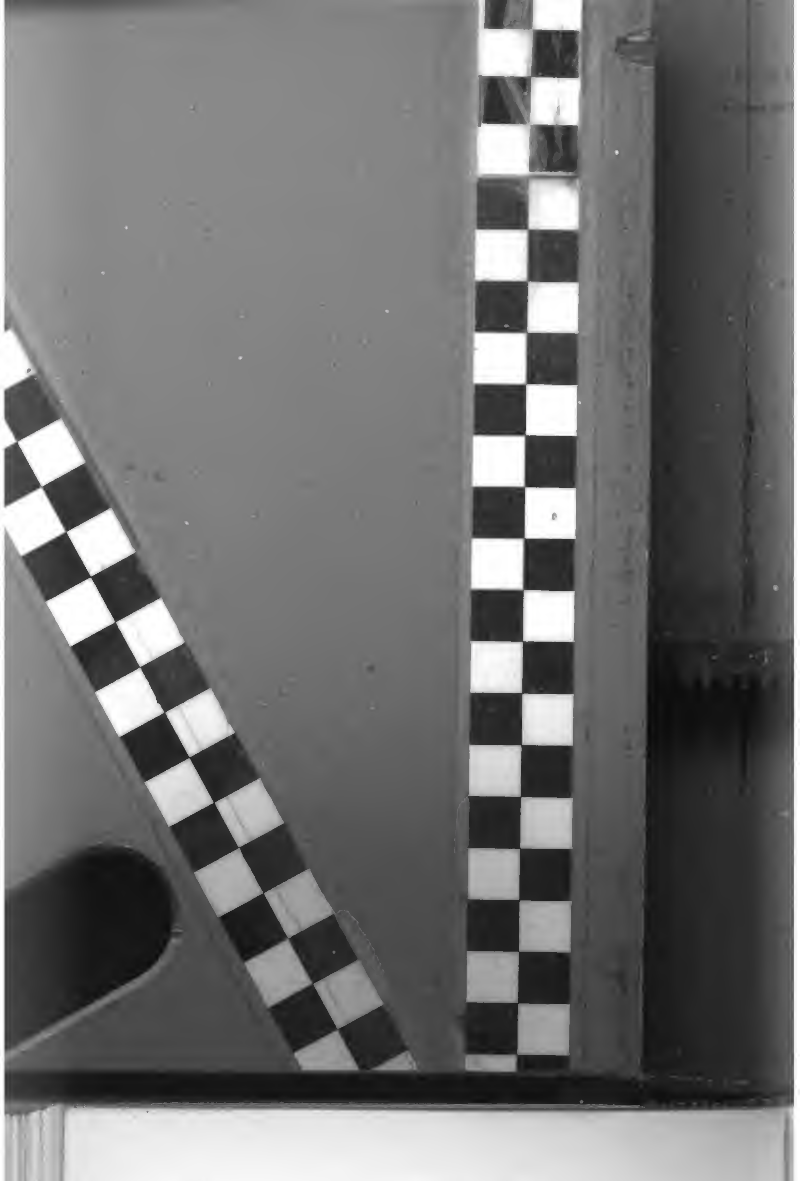
3. Ein Sondergut des Mannes gibt es nicht, ein Sondergut der Frau nur in beschränktem Umfange. Mit Wirkung nach außen kann es von den Ehegatten nicht bestellt werden, wohl aber in einzelnen Ausnahmefällen von Dritten.[26]

4. Bei Auflösung der Ehe durch den Tod der Ehefrau erhalten nach Abzug der Schulden die Erben der Frau $^1/_3$ und behält der Mann $^2/_3$ des Samtgutes, während beim Tode des Mannes die Frau die Hälfte behält und die andere Hälfte den Erben des Mannes gibt.[27] Ist die Ehe beerbt, so fällt das Samtgut an den überlebenden Ehegatten und die Kinder gemeinsam, aber nicht kraft Erbrechts, sondern kraft Güterrechts.[28]

5. Verfügungsberechtigt über die Gütermasse der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist der überlebende Ehegatte, die Witwe aber nur mit Beschränkungen.

6. Eine Abteilung der Kinder, d. h. eine vermögensrechtliche Auseinandersetzung mit denselben, findet bei Lebzeiten des überlebenden Ehegatten nur ausnahmsweise, z. B. beim Einverständnis aller Beteiligten, bei schlechter Wirtschaftsführung und bei Wiederverheiratung[29] des Ehegatten statt. Die Abteilung erfolgt nach bestimmten Quoten: Der Witwer hat, wenn nur ein Kind oder ein Kindesstamm vorhanden ist, $^1/_3$ und, wenn zwei oder mehr Kinder oder Kindesstämme vorhanden

24) Vgl. Baumeister II S. 63 ff.; Niemeyer S. 309 ff.
25) Vgl. Baumeister II S. 81 ff.; Niemeyer S. 326 ff.
26) Vgl. Baumeister II S. 97 ff.; Niemeyer S. 143 ff.
27) Vgl. Art. 8—10 Stat. III 3; Baumeister II S. 111; Niemeyer S. 359 ff.
28) Vgl. Art. 1 Stat. III 3; Baumeister II S. 112 ff.; Niemeyer S. 366 ff.
29) Vgl. Baumeister II S. 131 ff.; Niemeyer S. 395 ff.



sind, 1/2 herauszugeben. Die Witwe hat bei einem Kind oder einem Kindesstamm 1/2, bei zwei oder mehr Kindern oder Kindesstämmen 2/3 auszukehren.[30]

7. Aus dem ehelichen Güterrecht ergeben sich auch Beschränkungen der Testierbefugnis der Ehegatten. Der Ehemann kann letztwillig frei verfügen, er ist nur gehalten, die der Frau nach seinem Tode zustehende statutarische Portion, d. h. ihren Anteil an dem Ehevermögen, unangetastet zu lassen. Die Ehefrau kann dagegen bloß mit Zustimmung des Mannes testieren. Der überlebende Vater kann unter Beachtung der statutarischen Portion der Kinder ebenfalls frei testieren, die überlebende Witwe darf dagegen nur über ihre statutarische Portion letztwillig verfügen, doch kann sie vom ganzen Samtgut enterben und für dasselbe Testamentsvollstrecker ernennen.[31]

III. Die Frage, unter welches System das alte Hamburgische Güterrecht unterzuordnen ist, hat jetzt, nachdem die alten Ehen in das neue Recht übergeleitet worden sind, nur noch historische Bedeutung, kann daher hier nicht eingehend untersucht werden. Früher war dies auch praktisch von Wichtigkeit, da manche der zahlreichen Streitfragen des alten Rechts je nach dem Standpunkt, den man zu dem juristischen Charakter des Güterrechts einnahm, verschieden zu entscheiden waren. Eine allseitig befriedigende Antwort dürfte auf diese Frage überhaupt nicht zu geben sein; denn in der Literatur des deutschen Privatrechts ist die juristische Natur der Gütergemeinschaft und das Rechtsverhältnis, welches für beide Gatten während der Ehe an dem gemeinsamen Vermögen besteht, bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts überhaupt streitig geblieben.[32] Ist doch auch für die Gütergemeinschaft die Ansicht vertreten worden, daß der Mann der alleinige Eigentümer des gesamten Vermögens sei,[33] eine Ansicht, von welcher der Redaktor des Vorentwurfes des Familienrechtes des B.G.B. für die allgemeine Gütergemeinschaft des B.G.B. an erster Stelle ausging, welche indessen später verworfen wurde.[34]

Durch die eingehenden Untersuchungen Schröders[35] und die Vergleichung der verwandten Stadtrechte dürfte der Beweis erbracht

30) Vgl. Art. 4, 6 Stat. III 3; Baumeister II S. 142; Niemeyer S. 408 ff.
31) Vgl. Baumeister II S. 341 ff.; Niemeyer S. 416 ff.
32) Vgl. Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts IV § 239.
33) Vgl. Stobbe § 239 I.
34) Dernburg IV S. 184.
35) A. a. O. II S. 238.

sein, daß schon nach dem Statut von 1270 eine Gütergemeinschaft zur gesamten Hand bestanden und daß das Statut von 1603 an der Gemeinschaft der Güter nichts geändert hat. Es fehlt an jedem Anhaltspunkt dafür, daß durch das Statut von 1603 ein Miteigentum nach Quoten eingeführt werden sollte. Diese Quoteneinteilung ist künstlich durch die romanisierende Theorie erfunden worden, welche indessen, wie Dernburg[36] zutreffend bemerkt, die deutschrechtliche allgemeine Gütergemeinschaft unter die Regeln des römischen Rechts nicht pressen konnte. Daher möchte ich denjenigen beistimmen, welche den Güterstand des früheren Hamburgischen Rechts als eine Gütergemeinschaft zur gesamten Hand auffassen, ähnlich derjenigen des B.G.B., mit welcher sie in vielen Punkten übereinstimmt.

IV. Das hier geschilderte Güterrecht des Hamburgischen Stadtrechts gilt erst seit dem 1. Oktober 1879, gemäß Gesetzes vom 25. Juli 1879, für alle Hamburgischen Ehen. Bis dahin galt für die Ehen der Stadt Bergedorf das Lübische Recht, für die Vierlande zunächst das Sachsenrecht, subsidiär das gemeine Recht.[37]

Zweiter Titel.

Die Überleitung der alten Ehen.

§ 112. Die Überleitung im Allgemeinen.

I. Entsprechend der herrschenden Ansicht von der Unwandelbarkeit des einmal begründeten Güterstandes geht auch das E.G. z. B.G.B. von der Ansicht aus, daß das neue Reichsrecht in die güterrechtlichen Verhältnisse der alten Ehen nicht einzugreifen habe.

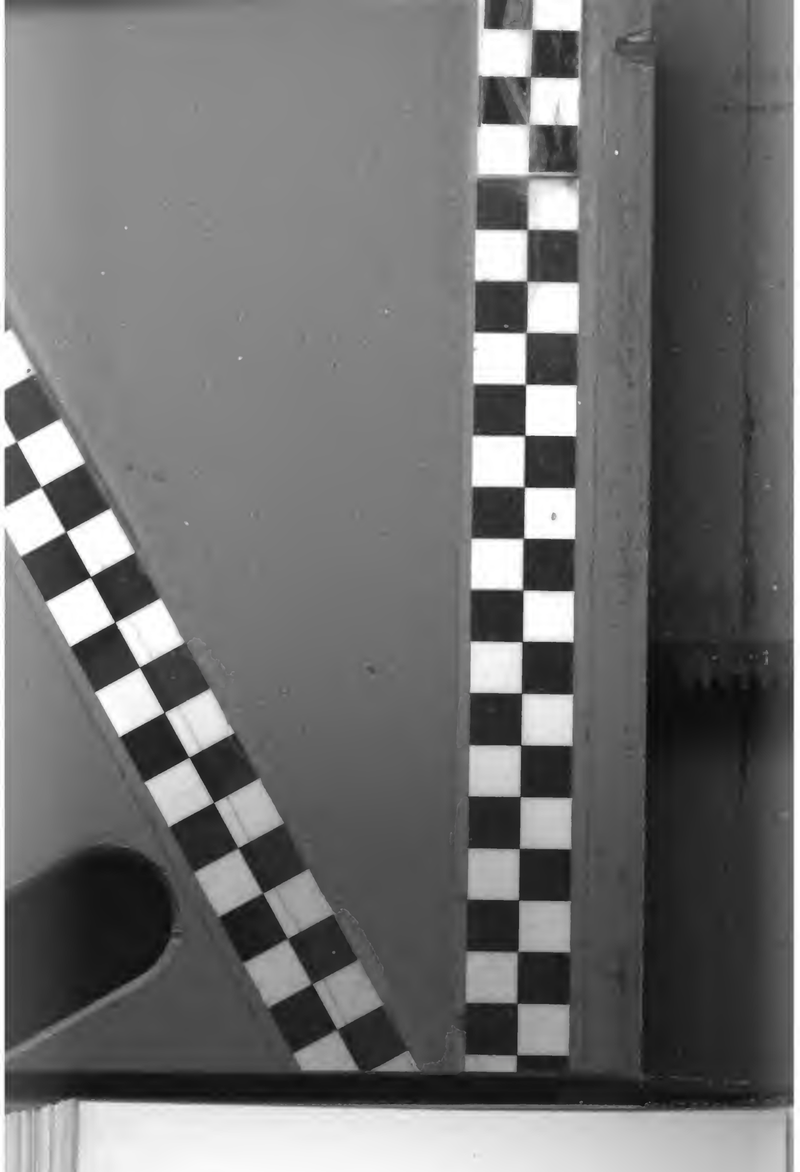
1. Nach Art. 200 Abs. 1 E.G. bleiben daher für den Güterstand einer zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. bestehenden Ehe die bisherigen Gesetze, insbesondere auch die Vorschriften über die erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes, maßgebend. Doch wurde in den Motiven des E.G. und in der zweiten Kommission die Erwartung ausgesprochen, daß die Landesgesetzgebung im Interesse der Herstellung einer größeren Gleichartigkeit die Überleitung der bestehenden Güterstände in das neue Recht vornehmen werde.

Das Recht der Landesgesetzgebung erstreckt sich auch auf die

---

36) Vgl. IV S. 183. Der Versuch Goldfelds, die Hamburgische Gütergemeinschaft als eine Societas omnium bonorum nachzuweisen, scheitert eben auch daran, daß er sich die Quoten künstlich konstruiert.

37) Vgl. Baumeister I S. 16.



Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse der am 1. Januar 1900 bereits aufgelösten Ehen, soweit sich solche aus dem Güterstande ergeben, da der Ausdruck „bestehende" in Art. 200 nicht in Gegensatz zu „aufgelösten", sondern in Gegensatz zu „in Zukunft zu schließenden" Ehen zu setzen ist.

2. Nach Art. 200 Abs. 3 E.G. bleibt eine *Beschränkung der Geschäftsfähigkeit einer Frau*, welcher dieselbe infolge des Güterstandes oder der Ehe unterworfen ist, ebenfalls so lange *in Kraft*, als der bisherige Güterstand besteht.

Dies ist für Hamburg ohne Bedeutung, da durch Gesetz vom 3. Juni 1870 seit dem 1. Juli 1870[1] die Geschlechtsvormundschaft für Ehefrauen beseitigt worden und damit die Ehefrau an sich vollständig handlungs- und verpflichtungsfähig geworden ist.[2] Die Beschränkung der Frau hinsichtlich ihrer Verfügungsmacht über das Ehegut enthält keine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit.

3. Dagegen gewährt Abs. 2 dieses Artikels das Recht, eine nach den Vorschriften des B.G.B. zulässige *Regelung des Güterstandes durch Ehevertrag* auch dann vorzunehmen, wenn nach den bisherigen Gesetzen ein Ehevertrag unzulässig sein würde.

Dies hat für Hamburg praktische Bedeutung, da nach altem Recht der Abschluß von Eheverträgen (Ehezärtern) nur vor Abschluß der Ehe zulässig war.[3]

4. Endlich kommt hier noch Art. 218 E.G. z. B.G.B. in Betracht, nach welchem auch *nach dem Inkrafttreten des B.G.B. der Landesgesetzgebung das Recht verbleibt, für die vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Ehen Vorschriften zu treffen.*

II. Die Hamburgische Landesgesetzgebung hat eine *Überleitung der alten Ehen in das neue Recht vorgenommen.*

1. Dieselbe war bei Einführung des B.G.B. dringend geboten. Der Rechtszustand hinsichtlich der ehelichen Güterverhältnisse war in bezug auf grundlegende Fragen wie auf Einzelheiten außerordentlich bestritten. Die dadurch hervorgerufene Rechtsunsicherheit mußte natürlich zunehmen, wenn unter der Herrschaft des neuen Rechts die Anwendung des alten immer seltener wurde und die auf praktischer Handhabung des Rechts beruhende Erfahrung als wichtigste Erkenntnisquelle immer mehr zum Versiegen kam.

1) Vgl. *Wulff* 1. Aufl. II S. 328.
2) S. hierüber ausführlicher unten § 119 I.
3) Vgl. *Baumeister* II S. 94; *Niemeyer* S. 344.

2. Fraglich war es, in welcher Weise die Regelung erfolgen sollte. Ein Entwurf I der Justizverwaltung schlug mit Rücksicht auf die weitgehende Übereinstimmung zwischen dem bisherigen Recht und den Vorschriften des B.G.B. über die allgemeine Gütergemeinschaft vor, das Recht dieser Gütergemeinschaft für die dem bisherigen Hamburgischen Recht unterstehenden Ehen einzuführen, ein von dem Hanseatischen Oberlandesgericht aufgestellter Gegenentwurf lief auf eine Überleitung der alten Ehen in den gesetzlichen Güterstand des B.G.B. hinaus. Senat und Bürgerschaft entschieden sich im Interesse der Erhaltung der wohlerworbenen Rechte für die Einführung des Prinzips des Entwurfs I. Doch wurden im Anschluß an das bisherige Recht wichtige Sonderbestimmungen in Abweichung von den Vorschriften des B.G.B. getroffen.

3. Die Überleitung ist erfolgt durch das Gesetz vom 14. Juli 1899 betr. den Güterstand der vor dem Inkrafttreten des B.G.B. geschlossenen Ehen (Ges.Samml. 1899 I S. 90; Wulff III S. 89 ff.).[4] Nach Art. 218 E.G. z. B.G.B. kann dies Gesetz jederzeit durch das Landesrecht abgeändert werden.

4. Das neue Hamburgische Recht der alten Ehen unterscheidet sich grundsätzlich von dem alten Recht wie von demjenigen der reichsrechtlichen Gütergemeinschaft.

a) Von dem alten Recht unterscheidet es sich hauptsächlich in folgenden Punkten:

α) Der Mann kann jetzt auch ein Vorbehaltsgut haben.

β) Die Frau ist hinsichtlich ihres Vermögens viel selbständiger gestellt und weniger gefährdet. Durch Ehevertrag kann die Gütergemeinschaft jederzeit aufgehoben und ein anderer, den Eheleuten zusagender Güterstand eingeführt werden.

γ) Die Eheleute können vertragsmäßig ein Vorbehaltsgut der Frau auch mit Wirkung gegen Dritte bestellen.

δ) Was die Frau für sich persönlich braucht und sich erarbeitet, ist von Rechts wegen der Haftung für die Schulden des Samtguts und des Mannes entzogen.

---

4) Vgl. hierzu außer den oben erwähnten Entwürfen den Senatsentwurf in Verh. 1899 S. 67 ff.; ferner Goldfeld, Abänderungen des Hamburgischen ehelichen Güterrechts hinsichtlich der am 1. Januar 1900 bestehenden Ehen; Max Cohen, Soll für die am 1. Januar 1900 in Hamburg bestehenden Ehen der Güterstand des gesetzlichen Güterrechts oder derjenige der allgemeinen Gütergemeinschaft eintreten?

ε) Bei der *Auflösung* der Gütergemeinschaft tritt eine *Teilung nach Hälften* ein.

ζ) Die *Testierfreiheit* der Ehegatten ist durch § 1518 B.G.B. erheblich *eingeengt* worden.

b) *Von dem Recht des B. G. B.* über die *allgemeine Gütergemeinschaft* unterscheidet es sich vor allem in folgenden Punkten:

α) Der *Mann* ist in der ehelichen und der fortgesetzten Gütergemeinschaft *freier* gestellt hinsichtlich der *Verfügung über das Gesamtgut*; er ist bei der Vornahme von Rechtsgeschäften niemals an die Zustimmung der Frau oder der Abkömmlinge gebunden.

β) In gewissen Fällen *ersetzt die Kenntnis des Dritten nicht die mangelnde Eintragung* im Güterrechtsregister.

γ) Was *die Frau* für sich *persönlich braucht* und sich *erarbeitet*, ist ebenfalls *Vorbehaltsgut* der Frau.

δ) Bei der *Fortsetzung der Gütergemeinschaft* kann *die Frau* durch letztwillige Verfügung des Mannes *in der Verfügung und Verwaltung des Gesamtguts beschränkt*, auch können an Stelle der Frau Verwalter für das Gesamtgut ernannt werden.

ε) Im Fall *der Auflösung der fortgesetzten Gütergemeinschaft* durch *Wiederverheiratung* des Mannes hat derselbe *die Wahl*, ob er die *Auseinandersetzung* nach dem alten oder neuen Recht vornehmen will.

ζ) Für die fortgesetzte Gütergemeinschaft der am 1. Januar 1900 *aufgelösten Ehen* tritt zu dem ad δ und ε Gesagten noch hinzu, daß *die alte Quotenteilung* für die Auseinandersetzung *erhalten geblieben ist*.

III. Die *Überleitung* ist erfolgt *mit Wirkung vom 1. Januar 1900* ab. Es wird so angesehen, als ob die Ehegatten die Annahme des neuen Güterstandes an diesem Zeitpunkte vereinbart haben. Frühere Verfügungen und Rechtsverhältnisse werden von dem neuen Recht nicht berührt.

IV. *Gegenstand* und *Umfang* der Überleitung.

1. Das Gesetz vom 14. Juli 1899 leitet bloß den Güterstand der dem *gesetzlichen* Hamburgischen ehelichen Güterrecht unterliegenden Ehen in das neue Recht über.

a) Bei den *am 1. Januar 1900 bestehenden* Ham-

burgischen Ehen treten die Vorschriften des neuen Reichsrechts über allgemeine Gütergemeinschaft in Kraft, soweit nicht das Güterstandsgesetz selbst ein anderes bestimmt. Dies gilt auch für die Rechtsverhältnisse, welche nach der Auflösung einer alten Ehe eintreten, falls die Auflösung nach dem 1. Januar 1900 erfolgt (§ 1 Güterstandsges.).

b) In den vor dem 1. Januar 1900 aufgelösten Hamburgischen Ehen tritt das neue Reichsrecht über die fortgesetzte Gütergemeinschaft an Stelle des bisherigen Rechts, soweit das Güterstandsgesetz selbst nicht ein anderes bestimmt, wenn beim Inkrafttreten des B.G.B. eine fortgesetzte Gütergemeinschaft alten Rechts besteht (§ 21 Güterstandsges.). Vgl. jedoch unten 2 c.

c) Soweit in Verträgen oder letztwilligen Verfügungen, die unter dem alten Recht errichtet worden sind, der Güterstand oder die erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes (z. B. die Regelung der fortgesetzten Gütergemeinschaft) durch Verweisungen auf das Hamburgische Recht bestimmt sind und die Bestimmung erst nach dem 1. Januar 1900 wirksam wird, kommt grundsätzlich das neue Recht zur Anwendung. Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn sich aus dem Vertrage oder der Verfügung ergibt, daß die Absicht der Parteien eine andere war (§ 7 Güterstandsges.).

2. Danach ist eine Anzahl von in Hamburg domizilierten alten Ehen nicht übergeleitet worden.

a) Die Überleitung erstreckt sich nicht auf die durch vor dem 1. Januar 1900 errichteten Ehevertrag[5] vereinbarten Güterstände (§ 5 Güterstandsges.), falls

α) der Vertrag vor Eingehung der Ehe abgeschlossen ist und den Güterstand entweder abweichend von dem alten Recht geregelt oder das alte Hamburgische Güterrecht einschließlich der erbrechtlichen Wirkungen desselben ausdrücklich aufrechterhalten hat,[6] oder

β) der Vertrag während der Ehe abgeschlossen ist und das alte Hamburgische Güterrecht einschließlich der erbrechtlichen Wirkungen desselben ausdrücklich aufrechterhalten hat.[6]

---

5) Der Ehevertrag mußte schriftlich errichtet werden, um wirksam zu sein. Hieran ist trotz Art. 317 des alten H.G.B., § 30 Hamb. E.G. z. H.G.B. (Wulff 1. Aufl. II S. 302) festgehalten worden; vgl. Niemeyer S. 344.

6) Vgl. Wulff III S. 96 Anm. 3. Es ist erforderlich, daß der alte Güterstand in seiner Gesamtheit aufrechterhalten ist; bezieht sich der Vertrag auf die erbrechtlichen Wirkungen des Güterstandes gar nicht, so fällt er hierunter nicht (Beibl. 1906 Nr. 3).

Die Wirkung des neuen Rechts äußert sich aber dahin, daß diese Verträge seit dem 1. Januar 1900 wirksam sind, auch wenn sie nach dem alten Recht unwirksam waren. Unwirksam war nach dem alten Recht ein Ehevertrag, durch welchen die Schuldenhaftung abweichend von dem gesetzlichen Güterrecht geregelt wurde, sowie ein während der Ehe errichteter Ehevertrag.

Unwirksam sind nach § 1433 B.G.B. Eheverträge, welche den Güterstand durch Verweisung auf ein nicht mehr geltendes Gesetz bestimmen. Wirksam sind aber diese Verträge, falls sie vor dem 1. Januar 1900 errichtet worden sind. Diese an sich zulässige Erleichterung der Erhaltung des alten Rechts steht im Widerspruch mit der im § 1433 B.G.B. hervortretenden Tendenz der Reichsgesetzgebung. Denn als ein nicht mehr geltendes Gesetz im Sinne des § 1433 B.G.B. ist auch das Güterstandsgesetz anzusehen, da es nur Verhältnisse, die unter altem Recht entstanden sind, regelt.

b) Die Überleitung erstreckt sich nicht auf diejenigen vor dem 1. Januar 1900 aufgelösten Ehen, bei denen eine fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten ist (§ 20 Güterstandsges.). Bei diesen vollzieht sich die Auseinandersetzung zwischen den gewesenen Ehegatten oder zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen nach dem alten Recht.[7]

c) Auch beim Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft vor dem 1. Januar 1900 bleibt das alte Recht bestehen:

---

7) Hier handelt es sich um einen Übergangszustand von ganz kurzer Dauer, welcher jetzt schon überwunden sein dürfte, da die Auseinandersetzung in allen Fällen beendigt sein wird. Doch kann auf Grund einer nach dem 1. Januar 1900 erfolgenden Todeserklärung eine Ehe als vor diesem Zeitpunkt aufgelöst erklärt werden, wenn der in dem Urteile bezeichnete Todestag (§ 18 B.G.B.) vor dem 1. Januar 1900 liegt. Ist in diesem Falle die Ehe unbeerbt oder die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ausgeschlossen, so muß die Auseinandersetzung nach dem alten Recht erfolgen. S. hierzu § 124 IV. Das gleiche gilt von der Auflösung einer Ehe durch Ungültigkeitserklärung.

Mit Rücksicht auf die geringe praktische Bedeutung, welche das alte Recht in dieser Beziehung heute noch hat, kann indessen auf die Darstellung desselben hier verzichtet und im allgemeinen auf die frühere Literatur verwiesen werden.

a) Ist einer der Ehegatten vor dem 1. Januar 1900 gestorben oder mit solcher Wirkung für tot erklärt, und eine fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten, so vgl. hinsichtlich der Auseinandersetzung Statut III 3 (Wulff 1. Aufl. II S. 189 ff.); Cropp bei Heise und Cropp II S. 534 ff., 573 ff.; Gries II S. 242 ff.; Baumeister II S. 227 ff.; Goldfeld, Hamb ehel. Güterrecht S. 38 ff., 49 ff., 67 ff.; Niemeyer S. 359 ff.

α) wenn vor diesem Zeitpunkt Anordnungen[8] in diesem Sinne durch Verträge oder letztwillige Verfügungen getroffen worden sind (§ 21 Abs. 1 Satz 2 Güterstandsges.). Die Anordnungen müssen aber klar ergeben, daß das alte Recht zur Anwendung kommen soll. Verweisen sie nur allgemein auf das Hamburgische Recht, so tritt im Zweifel das neue Recht ein (§ 21 Abs. 1 Satz 3, § 7 Güterstandsges.).

β) wenn der überlebende Ehegatte sich vor dem 1. Januar 1900 ohne vorgängige Abteilung wieder verheiratet hat[9] oder wenn eine aus anderen Gründen bestehende Verpflichtung

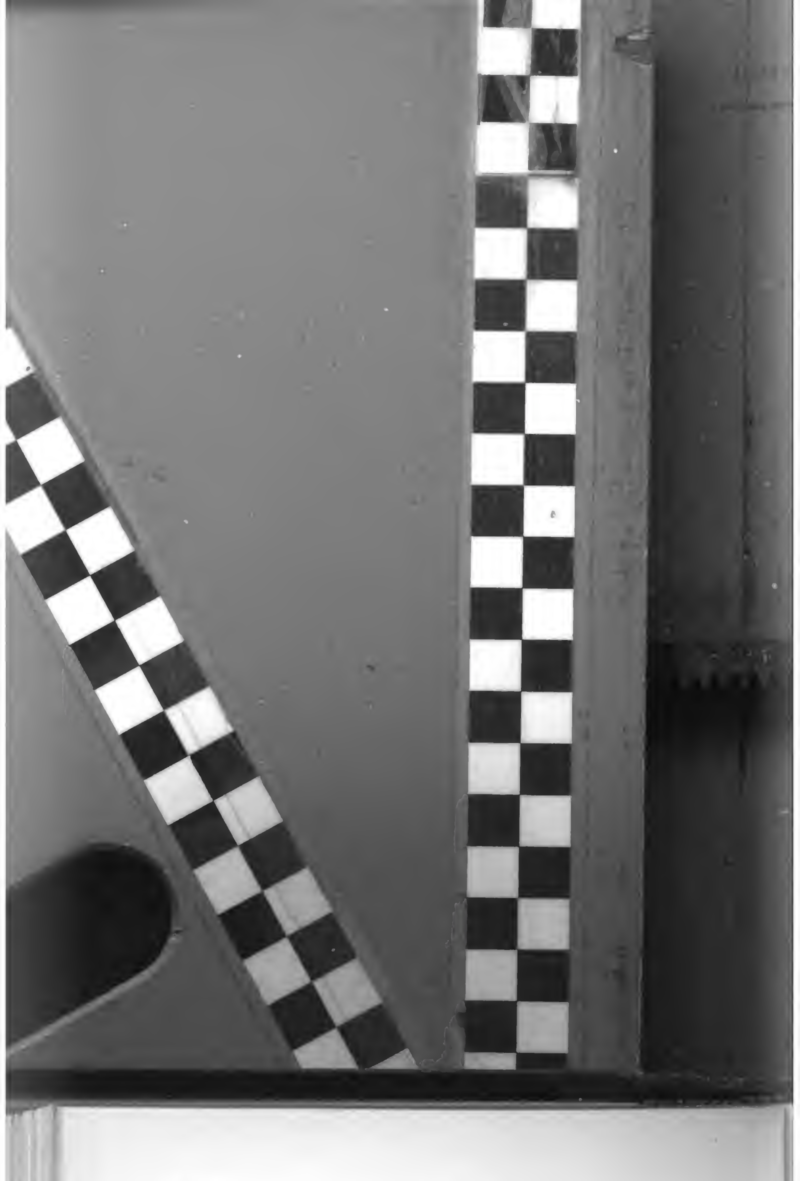
---

b) Ist eine Ehe vor dem 1. Januar 1900 rechtskräftig geschieden, so vgl. hinsichtlich der Auseinandersetzung Baumeister II S. 110, 348 ff.; Niemeyer S. 352. Im alten Recht war es streitig, ob Art. 11 III 3 des Statuts dem Ehemanne im Falle der Scheidung wegen Ehebruchs der Frau das Recht gewähre, der Frau die statutarische Portion zu entziehen oder, ob er das Erbrecht der Ehebrecherin von Rechts wegen für verwirkt erkläre (Gries II S. 298 ff.; Cropp II S. 577; Trummer, Erbrecht II S. 412; Baumeister II S. 110, 348; Niemeyer S. 352 ff.; Wulff 1. Aufl. II S. 206; Beibl. 1884 Nr. 53). Diese Frage hat keine Bedeutung mehr, falls der Ehemann nach dem 1. Januar 1900 gestorben ist, da aus dem alten Recht ein gesetzlicher Erbunwürdigkeitsgrund nicht mehr entnommen werden kann, vielmehr das Erbrecht sich nach dem neuen Recht richtet. Das Recht auf die Ehescheidungsstrafen, welche im Hamburgischen Recht (Beibl. 1879 Nr. 61, 118) bestanden, ist nicht erloschen, wenn auch der berechtigte Teil sie vor dem 1. Januar 1900 nicht eingefordert hat (Habicht S. 609). Ist die Scheidung unter neuem Recht erfolgt, so kommen die Ehescheidungsstrafen in Wegfall, da das B.G.B. dieselben nicht kennt. S. § 124 II.

c) Ist eine Ehe vor dem 1. Januar 1900 für nichtig oder ungültig erklärt, oder wird sie nachher mit Rückwirkung auf die Zeit vor dem 1. Januar 1900 für nichtig oder ungültig erklärt, so vgl. bez. der Auseinandersetzung Cropp bei Heise und Cropp II S. 577; Baumeister II S. 108; Niemeyer S. 347 ff.; Beibl. 1868 Nr. 107, 1869 Nr. 109, 1870 Nr. 78, 1871 Nr. 173. S. § 124 I.

8) Dies bezieht sich nur auf Anordnungen, welche vor dem 1. Januar 1900 getroffen sind und bestimmen, daß das mit der Auflösung der Ehe eintretende Rechtsverhältnis nicht dasjenige der fortgesetzten Gütergemeinschaft des B.G.B. oder des Güterstandsgesetzes sein soll, nicht aber auf Verfügungen, durch welche unter dem alten Recht unzulässige Bestimmungen getroffen werden; letztere sind nicht etwa mit dem Inkrafttreten des Güterstandsgesetzes wirksam geworden (Beibl. 1901 Nr. 195, 1902 Nr. 28, 1904 Nr. 125).

9) Nach altem Rechte hatte der parens bei der Wiederverheiratung abzuteilen (Art. 4 und 6 Stat. III 3). Seitens der Vormundschaftsbehörde wurde nur darauf geachtet, daß dies beim Vorhandensein minderjähriger Kinder geschah. Waren solche nicht vorhanden und haben die großjährigen Kinder von ihrem Rechte, Abteilung zu verlangen, vor dem 1. Januar 1900 keinen Gebrauch gemacht, so bleibt für die zweite Ehe das alte Recht bestehen, d. h. die Abkömmlinge haben ihren Anspruch auf Abteilung, den sie jederzeit erheben können, behalten. Auch wenn infolge des Todes des parens binubus eine eigentliche Abteilung nicht mehr stattfinden kann, bleibt der Anspruch des unabgeteilten Kindes als ein unentziehbarer Erbanspruch bestehen (Beibl. 1898 Nr. 174, 1903 Nr. 174). Die Abteilung richtet sich nach dem alten



des überlebenden Ehegatten zur Abteilung auf eine vor diesem Zeitpunkte erhobene Klage eines Abkömmlings durch Urteil festgestellt wird[10] (§ 21 Abs. 2 Güterstandsges.).

d) Die Überleitung erstreckt sich ebenfalls nicht auf den Güterstand von Eheleuten, welche erst während bestehender Ehe nach Hamburg verzogen sind; für sie bleibt das vor der Verlegung des Wohnsitzes geltende Recht maßgebend (§ 30 Güterstandsges.). S. hierzu unten § 113 III und § 114 III.

e) Endlich erstreckt sich die Überleitung nicht auf die vor dem 1. Oktober 1889 abgeschlossenen Bergedorfer Ehen, die noch dem älteren lübischen und sächsischen Recht unterliegen (§ 31 des Ges.). S. § 111 IV.

V. Nach dem Güterstandsgesetz sollen in den sub IV 1 bezeichneten Fällen die Vorschriften der Reichsgesetze über allgemeine und fortgesetzte Gütergemeinschaft zur Anwendung kommen. Da diese Vorschriften durch ein Landesgesetz eingeführt worden sind, auf dessen Verletzung die Revision nicht gestützt werden kann, so sind sie als landesgesetzliche, nur inhaltlich mit dem Reichsrecht übereinstimmende Vorschriften, nicht als „Reichsgesetze" eingeführt worden, enthalten daher kein revisibles Recht. Anders hat das Reichsgericht schon wiederholt, teils stillschweigend, teils ausdrücklich, entschieden.[11]

Recht (vgl. hierüber Niemeyer S. 408 ff.). Entscheidend ist der Stand des Vermögens zur Zeit der Abteilung. Erfolgt die Auseinandersetzung erst beim Tode des parens binubus, so erfolgt dieselbe auf der Basis, daß bei nicht beerbter zweiter Ehe die Kinder nach dem Tode des parens binubus die statutarische Portion nach dem Stande der Vermögens zur Zeit des Todes erhalten. Ist die zweite Ehe beerbt, so erben mit den Kindern erster Ehe auch die Kinder zweiter Ehe die auf den parens binubus fallende statutarische Quote nach Köpfen (Niemeyer S. 432). — Über die Auseinandersetzung im Fall vor dem 1. Januar 1900 erfolgter Abteilung s. § 28 Güterstandsges.

10) Es handelt sich hier um die Abteilungspflicht nach Art. 3 und 5 III 3 des Statuts, welche dem Witwer oblag, wenn er „seinen Dingen nicht recht vorstehe", der Witwe, wenn sie „nicht wohl haushalte". Diese Ausnahme hat ihre praktische Bedeutung jetzt eingebüßt, da die betreffende Klage schon vor dem 1. Januar 1900 erhoben sein mußte. In diesem Falle sind die Wirkungen des Urteils für alle Abkömmlinge eingetreten, auch wenn dasselbe auf die Klage eines der Abkömmlinge ergangen ist. Ist die Klage nicht unter dem alten Recht erhoben, so ist für die güterrechtlichen Verhältnisse vom 1. Januar 1900 ab das neue Recht maßgebend geworden.

11) Vgl. Entsch. in Zivils. 59 S. 27, 57 S. 81, 56 S. 74 (betrifft einen Hamburger Fall), auch 55 S. 250. Wenn auch die Ansicht des Reichsgerichts der Rechtseinheit entsprechen dürfte, so läßt sie sich doch nicht halten, da

Diese Vorschriften sind aber gemäß ihrer Entstehung aus dem Reichsrecht zu interpretieren. Das trifft natürlich nur soweit zu, als nicht Änderungen am Reichsrecht vorgenommen worden sind. Letztere sind erfolgt, um das alte Recht zu erhalten, daher aus diesem zu ergänzen.

Als Vorschriften der Reichsgesetze kommen hier namentlich in Betracht:

1. die Vorschriften des B.G.B. in den §§ 1437—1518, im § 1604 bez. der Unterhaltspflicht, im § 2008 bez. der Inventarerrichtung, im § 2054 bez. der Ausgleichung der Erbteile, im § 2331 bez. der Berechnung des Pflichtteils;

2. die Vorschrift des Handelsgesetzbuchs im § 47 bez. Vorlegung der Handelsbücher;

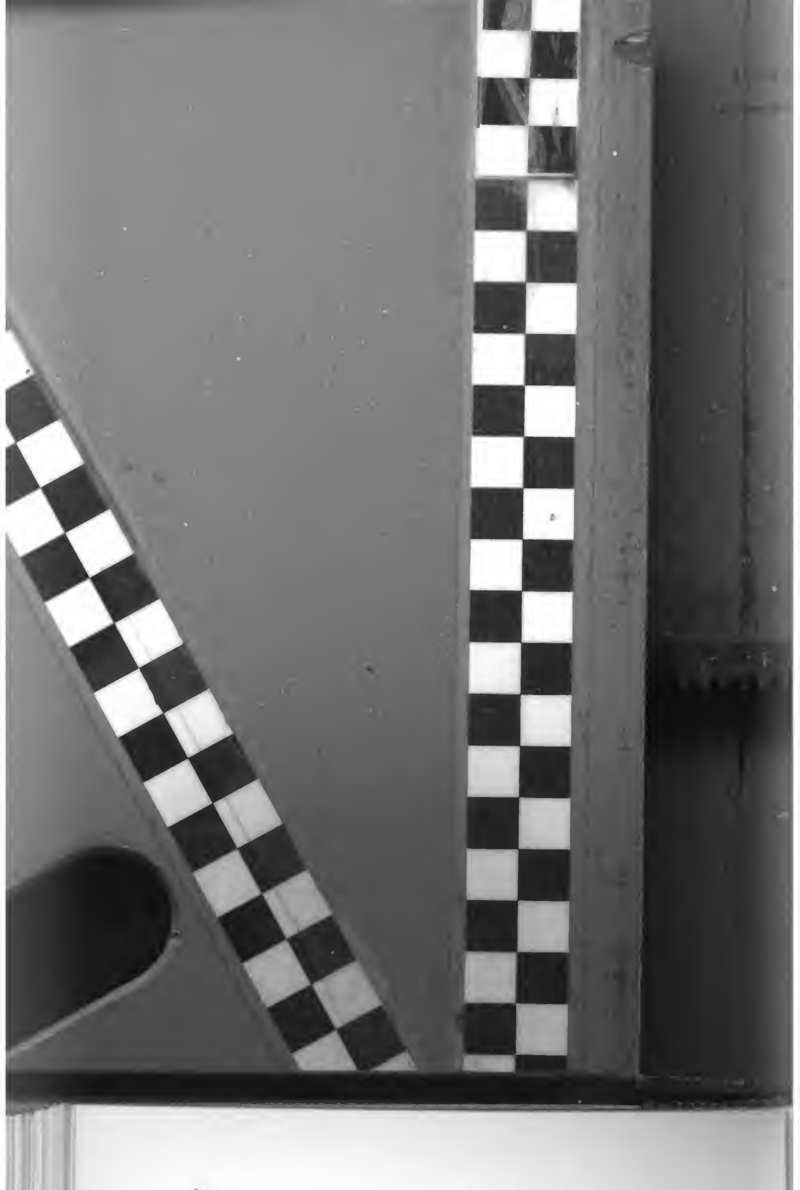
3. die Vorschriften der Zivilprozeßordnung im § 305 bez. der Einrede der beschränkten Haftung für die Gesamtgutsverbindlichkeiten, in den §§ 740, 742 ff. bez. der Erfordernisse des Vollstreckungstitels, im § 774 bez. des Widerspruchs des Ehemanns gegen die Zwangsvollstreckung, in den §§ 786, 780 ff. bez. der beschränkten Haftung bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft, im § 860 bez. der Pfändbarkeit des Anteils am Gesamtgute, in den §§ 999, 1001 bez. der Beantragung des Aufgebots;

4. die Vorschriften der Konkursordnung im § 2 bez. der Zugehörigkeit des Gesamtguts zur Konkursmasse, im § 9 bez. der Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach der Konkurseröffnung, in den §§ 218, 219 Abs. 2 bez. der Legitimation der Eheleute zur Beantragung des Konkurses, im § 234 Abs. 2 bez. der abgesonderten Befriedigung der Ehefrau, im § 236 bez. der fortgesetzten Gütergemeinschaft;

5. die Vorschriften des Reichsgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit in den §§ 86—99 bez. der Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft sowie im § 161 bez. der Eintragungen in das Güterrechtsregister; hierzu gehört auch der Beschluß des Bundesrats vom 3. November 1898 betr. Bestimmungen über das Vereins- und Güterrechtsregister §§ 12, 13 (Hamb. Verf. vom 1. Januar 1900, Wulff III S. 251);

6. die Vorschriften der Grundbuchordnung im § 36 bez. des Nach-

eine Befugnis für die Landesgesetzgebung, Reichsrecht zu ändern, ohne daß dieses seinen Charakter als Reichsrecht verliert, nicht besteht. S. auch S. 11, 12; Habicht S. 35.



weises der fortgesetzten Gütergemeinschaft, in den §§ 38, 99 bez. der Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft.[12]

VI. Nach Art. 199 bestimmen sich die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zueinander, insbesondere die gegenseitige Unterhaltspflicht, auch für die zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. bestehenden Ehen nach dessen Vorschriften. Dies bezieht sich auf die §§ 1353—1362 B.G.B., welche für alle Ehen gleichmäßig gelten und daher nicht als Ausfluß der güterrechtlichen Verhältnisse anzusehen sind.[13] Insbesondere sind hervorzuheben:

1. Die eheliche Lebensgemeinschaft.

Schon nach dem alten Recht waren die Ehegatten einander zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet und mußte die Frau den Anordnungen des Mannes in bezug auf die das gemeinschaftliche Leben betreffenden Angelegenheiten folgen. Auch damals bestand schon das Recht der Weigerung, wenn sich das Verlangen des Mannes als unbillige Härte herausstellte[14] (§§ 1353, 1354 B.G.B.).

Gemäß § 3 des Verhältnisgesetzes[15] darf die Polizeibehörde Friedensbefehle gegen Eheleute erlassen, und bei Gefahr im Verzuge Eheleute voneinander trennen, über den Besitz gemeinsam besessener Gegenstände Anordnungen treffen und dem einen von ihnen verbieten, gegen den Willen des andern die Wohnung wieder zu betreten. Diese Bestimmung ist, da sie dem öffentlichen Recht angehört, beim Inkrafttreten des B.G.B. in Kraft geblieben[16] (Art. 55 E.G. z. B.G.B.).

2. Die Unterhaltspflicht.

Die Unterhaltspflicht des Ehemanns gegenüber der Frau hielt sich nach früherem Recht wesentlich innerhalb derselben Grenzen wie nach §§ 1360, 1361 B.G.B., d. h. der Mann hatte der Frau den

---

12) Das O.L.G. hat in Beibl. 1901 Nr. 12 diese Vorschrift für unanwendbar erklärt auf die am 1. Januar 1900 aufgelösten Ehen, deren Gütergemeinschaft nach dem Güterstandsgesetz fortgesetzt wird. Dem widerspricht aber, daß § 21 des Gesetzes ganz klar die „Vorschriften der Reichsgesetze" für anwendbar erklärt. Da eine Ausnahme nicht gemacht ist, haben auch die Vorschriften des Reichsgrundbuchrechts Anwendung zu finden.

13) Vgl. Habicht S. 532 ff.; Niedner II S. 421; teilweise a. A. Planck VI zu Art. 199.

14) Vgl. Beibl. 1892 Nr. 33; Niemeyer S. 281.

15) Vgl. Wulff I S. 130.

16) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 200. Gegen solche Anordnungen der Polizeibehörde ist die Klage nach § 24 des Verhältnisgesetzes nicht zulässig. Vgl. S. 72, 296.

standesgemäßen Unterhalt, und zwar an sich nur in der ehelichen Wohnung zu gewähren. Ob der Ehemann unter gewissen Umständen einen Unterhaltsanspruch gegen die Frau hatte, war bestritten. Baumeister[17] bejaht aus allgemeinen Erwägungen diese Frage, dagegen wird sie für das gemeine Recht,[18] welches mangels statutarischer Bestimmungen in Hamburg zur Anwendung zu kommen hatte, verneint. Vom 1. Januar 1900 an hat auch in alten Ehen die Frau dem bedürftigen Manne den standesgemäßen Unterhalt zu gewähren (§ 1360 Abs. 2 B.G.B.).

3. Die Schlüsselgewalt.

Das frühere Recht erkannte eine der Vorschrift des § 1357 Abs. 1 B.G.B. entsprechende weitgehende Schlüsselgewalt der Frau an, welche sich nicht auf das Maß des Notwendigen beschränkte, sondern nach der Stellung und den Lebensverhältnissen der Eheleute richtete.[19] Der Umfang der Schlüsselgewalt ist jetzt bei alten und neuen Ehen der gleiche.[20] Auch die Möglichkeit einer Beschränkung und Ausschließung der Schlüsselgewalt bestand nach altem Recht. Neu ist, und zwar auch für die alten Ehen vom 1. Januar ab

a) die Befugnis der Eintragung der Beschränkung und Ausschließung in das Güterrechtsregister mit Rechtswirkung gegen Dritte, während früher dem Dritten stets nachgewiesen werden mußte, daß er das Verbot des Ehemanns gekannt habe;

b) die Befugnis, im Falle des Mißbrauchs des Rechtes des Mannes die Beschränkung oder Ausschließung durch das Vormundschaftsgericht aufheben zu lassen (§ 1357 Abs. 2 B.G.B.).

4. Verpflichtung der Ehefrau zu persönlichen Leistungen.

Da die Ehefrau infolge des früheren Güterrechts sich nicht ohne Einwilligung des Mannes durch Rechtsgeschäfte verpflichten konnte, konnte sie sich auch nicht zu einer in Person zu bewirkenden Leistung verpflichten. Diese Beschränkung ist jetzt weggefallen, § 1358 B.G.B. kommt auch für die alten Ehen zur Anwendung, nach welchem der Mann solche Rechts-

17) II S. 66.
18) Vgl. Windscheid II § 491 Anm. 2; Niemeyer S. 284; Beibl. 1887 Nr. 67.
19) Vgl. Art. 1 Stat. II 8; Baumeister II S. 85; Niemeyer S. 137.
20) Vgl. hierüber Dernburg IV S. 106 ff. und Entsch. des R.G. 61 S. 79.



verhältnisse ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist mit Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts kündigen kann.[21]

5. Die praesumtio Muciana (§ 1362 B.G.B.). Hierüber ist unten zu handeln. S. § 115 I.

6. Schenkungen unter Ehegatten.

Nach altem Recht waren Schenkungen unter Ehegatten nichtig und konnten jederzeit widerrufen werden.[22] Dies Verbot der Schenkungen unter Ehegatten ist in das B.G.B. nicht aufgenommen. Dasselbe ist daher seit dem 1. Januar 1900 weggefallen, und zwar auch für den Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft. Eine unter altem Recht erfolgte Schenkung bleibt nach dem Inkrafttreten des B.G.B. frei widerruflich, kann aber jetzt durch nachträgliche Bestätigung wirksam werden.[23] Ob eine solche Bestätigung vorliegt, ist Tatfrage.

Will ein Ehegatte unter neuem Recht aus dem Gesamtgut dem andern Ehegatten eine Schenkung machen, so daß sie Vorbehaltsgut wird, so muß ein Ehevertrag errichtet und ins Güterrechtsregister eingetragen werden.[24] Dagegen können die Ehegatten sich aus ihrem Vorbehaltsgut zugunsten des Vorbehaltsguts des Andern Schenkungen machen.

§ 113. Das Geltungsgebiet der Überleitungsvorschriften.[1]

I. Die Überleitung erstreckt sich grundsätzlich nur auf Hamburgische Ehen.

1. Dies sind solche Ehen, für welche bisher das Hamburgische Recht maßgebend war. Ob dieser Tatbestand vorliegt, ist aus dem alten Recht zu entscheiden. Es kommt also regelmäßig darauf an, ob die Eheleute ihren ersten ehelichen Wohnsitz in Hamburg gehabt haben,[2] nicht wie jetzt

21) Vgl. hierzu Dernburg IV S. 111 III.
22) Es galt hierfür früher das gemeine Recht. Vgl. Baumeister II S. 98; Beibl. 1887 Nr. 80.
23) Vgl. Habicht S. 536.
24) Vgl. Planck IV § 1440 Anm. 2; Beibl. 1905 Nr. 124; Seuff. Arch. 61 Nr. 30.

1) Vgl. hierzu Planck VI zu Art. 200 E.G. Anm. 6 und 7 sowie die in Anm. 7 angegebene Literatur; Habicht S. 552 ff.; Oertmann S. 560 ff.; Kisch S. 805 ff.; Kahn in Iherings Jahrbüchern 42 S. 309 f.; Wulff III S. 90, 91.

2) Nach der Begründung des Güterstandsgesetzes (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 77) sollen hier auch Fälle in Betracht kommen, in denen die Ehegatten sich stillschweigend dem Hamburgischen ehelichen Güterrecht unterworfen haben. Wenn z. B. ein Hamburger sich im fernen Auslande während seines dortigen, von vornherein nur auf vorübergehende Dauer berechneten Aufenthalts verheirate, oder wenn ein Hamburgisches Ehepaar zuerst nach der Eheschließung seine Wohnung auf dem angrenzenden nichthamburgischen Gebiete nehme, so werde man regelmäßig als die Intention der Ehegatten

nach Art. 15 E.G. z. B.G.B., auf die Staatsangehörigkeit. Ohne Zweifel unterliegen daher alle Ehen der Überleitung, bei denen die Ehegatten ihren ersten Wohnsitz in Hamburg gehabt und auch noch beim Inkrafttreten des B.G.B. in Hamburg haben.

Ausgenommen hiervon sind nach § 10 der Militärkonvention zwischen Hamburg und Preußen vom 21. August 1867[3] die Ehen derjenigen Militärpersonen, welche ihrer Staatsangehörigkeit nach nicht Hamburger sind.

2. Fraglich kann es erscheinen, ob auch Ehen von Ausländern unter den sub I gegebenen Voraussetzungen von der Überleitung betroffen werden. Oertmann[4] bestreitet dies grundsätzlich, da das deutsche eheliche Güterrecht nur auf die Fälle Anwendung finde, wenn der Ehemann ein Deutscher sei. Diese Beweisführung erscheint nicht triftig. Es fragt sich, ob nach dem früheren Recht, auf welches es hier allein ankommt, die Ehe des Ausländers dem Hamburgischen Recht unterworfen gewesen ist. Dies richtet sich nach der früher herrschenden Lehre lediglich nach dem ersten ehelichen Domizil.[5] Danach erscheint es auch nicht zutreffend, wenn Habicht[6] hier wieder die Entscheidung von dem Heimatsrecht des Ausländers abhängig macht und einen Unterschied dahin statuiert, ob dieses Heimatsrecht, wie das englische, das Güterrecht des ersten Wohnsitzes, oder, wie das des Code civil, die Staatsangehörigkeit entscheiden läßt. Vielmehr sind die Ehen aller Ausländer übergeleitet worden, welche ursprünglich dem Hamburgischen Recht unterworfen waren und sich am 1. Januar 1900 noch im Bereiche der Hamburgischen Gesetzgebung befanden.

---

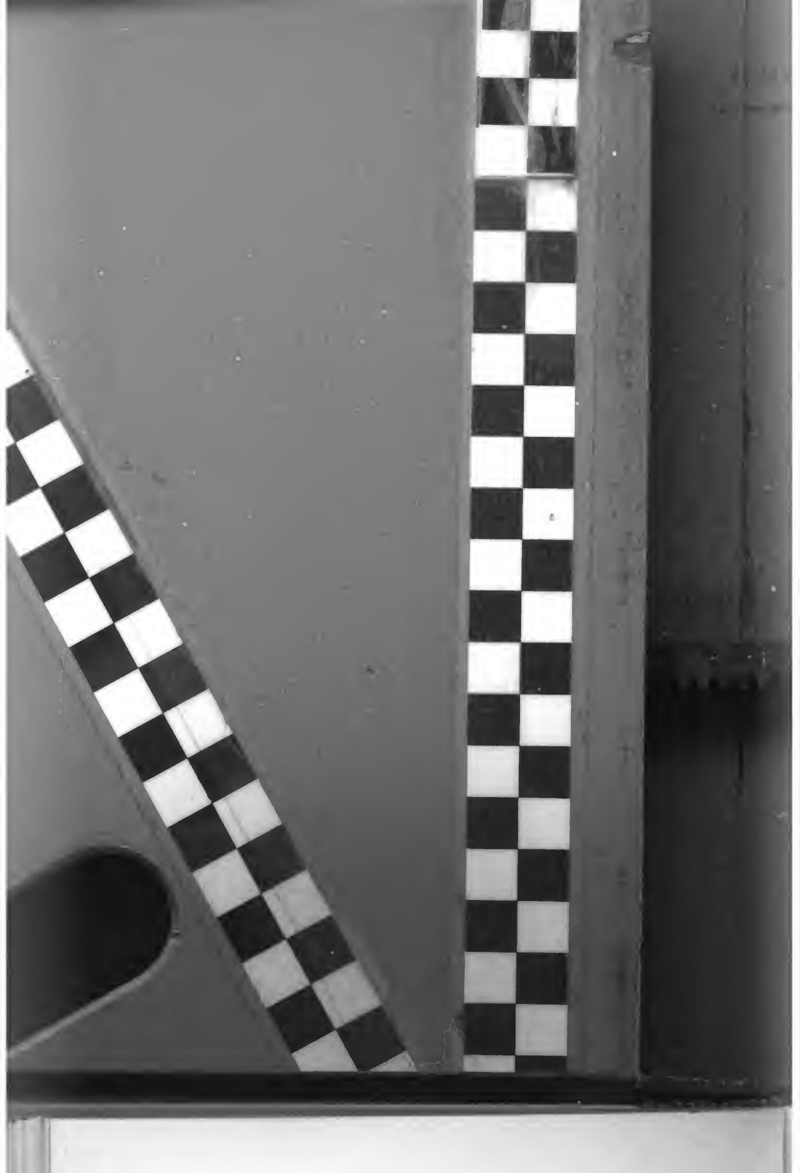
unterstellen können, daß dieselben nach Hamburgischem Rechte als dem Rechte ihrer Heimat beurteilt werden wollten. Diese Absicht mag auf Seiten der Parteien bestehen, es ist aber, namentlich im zweiten Falle, recht zweifelhaft, ob die Absicht allein genügt, um die Geltung des Hamburgischen Güterrechts zu begründen. Wenn die Brautleute die Absicht wirklich gehabt haben, so stand ihnen der Weg des Ehevertrages frei. Die auswärtigen Gerichte dürften, wenn sie nicht nach ihrem Rechte an sich schon die Staatsangehörigkeit in diesen Fällen entscheiden lassen, schwerlich das Hamburgische Recht zur Anwendung bringen. Aber auch für die Hamburgischen Gerichte dürfte hier die größte Vorsicht am Platze erscheinen, da nach dem auch vom Güterstandsgesetz anerkannten früheren Recht der erste eheliche Wohnsitz über den Güterstand entschied (vgl. Wulff III S. 90 Anm. 1).

3) Vgl. Wulff I S. 603.

4) A. a. O. S. 561.

5) Vgl. Beibl. 1906 Nr. 189; Stobbe, Deutsches Privatrecht I S. 240.

6) A. a. O. S. 557.



II. Welchen Einfluß hat die Verlegung des Wohnsitzes einer nach Hamburgischem Güterrecht abgeschlossenen Ehe nach auswärts auf die Überleitung des Güterstandes?

1. Wird der eheliche Wohnsitz nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts von Hamburg verlegt, so ist die Geltung des neuen Rechts für den ehelichen Güterstand außer Frage.

2. Zweifel tauchen dagegen auf für den Fall, daß die Ehe vor dem 1. Januar 1900 verlegt worden ist.

Das Gesetz hat diese Frage absichtlich nicht entschieden,[7] u. a. weil es nicht in die Gesetzgebung anderer Staaten eingreifen wollte. Jedenfalls hat die Hamburger Gesetzgebung von jeher auf dem Standpunkte gestanden, daß sie berechtigt ist, auch in die güterrechtlichen Verhältnisse derjenigen Ehen einzugreifen, welche von auswärts nach Hamburg verlegt werden und daher einem auswärtigen Güterstande unterliegen. So ist anerkanntermaßen der Grundsatz der Unwandelbarkeit des Güterstandes in Hamburg früher häufig[8] und stets insofern durchbrochen worden, als vor dem 1. Januar 1900 die Haftung des Frauengutes für die ehelichen Schulden unter allen Umständen und ohne Rücksicht auf jede entgegenstehende Vorschrift eines Güterrechts oder Ehevertrags eintrat.[9] Mit Rücksicht hierauf hat der Hamburgische Gesetzgeber, trotzdem er im Grundsatze den Güterstand der nach Hamburg verlegten alten Ehen unberührt läßt, im § 30 des Güterstandsgesetzes doch gewisse Vorschriften für die nichthamburgischen Ehen getroffen. S. unter III.

Daraus ergibt sich als notwendige Folge, daß das Hamburgische Recht es auch anerkennen muß, wenn andere Bundesstaaten ihrerseits die Rechtsverhältnisse der ursprünglich dem Hamburgischen Recht unterstehenden, in ihren Gesetzgebungsbereich verlegten Ehen regeln. Daß, wie Kahn[10] behauptet, hierin ein Verstoß gegen das Reichsgesetz,

7) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 77. Das O.L.G. hat in Beibl. 1903 Nr. 90 die Frage ebenfalls unentschieden gelassen, weil in der zur Entscheidung stehenden Frage das Preußische mit dem Hamburgischen Recht übereinstimmte.

8) Vgl. Beibl. 1897 Nr. 34; 1903 Nr. 24.

9) Dies trifft nicht zu für die Ehen von Militärpersonen (s. unter I 1) und für diejenigen der in Hamburg stationierten nichthamburgischen höheren Zoll- und Steuerbeamten, für welche gemäß § 7 der Vereinbarung v. 30. Okt. 1867 (Ges.Samml. 1867 III S. 246) das preußische eheliche Güterrecht maßgebend geblieben ist (Entw. des Hans. O.L.G. zum Güterstandsges. S. 28).

10) In Iher. Jahrb. Bd. 42 S. 330 f., ähnlich auch Niedner, Komm. zum E.G. z. B.G.B. 2. Aufl. S. 434. Vgl. dagegen die zutreffenden Ausführungen von Oertmann S. 569 f., Kisch S. 808 Anm. 13.

eine „Mißachtung der Rechte anderer Landesgesetzgebungen" liegt, ist nicht anzunehmen. Das Reichsrecht stellt keine Grenzen für die Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse in dieser Beziehung auf, insbesondere ist es ganz willkürlich, wenn Kahn sagt, das E.G. habe den Bundesstaaten nur gestattet, den Güterstand ihrer eigenen Ehen zu regeln. Eine solche Beschränkung enthält weder Art. 200 noch Art. 218 E.G. Von einer Mißachtung der Rechte anderer Landesgesetzgebungen kann aber dann vollends keine Rede sein, wenn, wie es bei Hamburg der Fall ist, das Gesetz nicht nur für die fremden Ehen Vorschriften trifft, sondern sich auch absichtlich besonderer Vorschriften über die eigenen, nach auswärts verlegten Ehen enthält, um nicht in die fremde Gesetzgebung einzugreifen. Der von Planck[11] vertretene Standpunkt, daß die Überleitungsvorschriften nur für die Gerichte des betr. Bundesstaates bindend seien, ist wenig glücklich. Dadurch würde die Unsicherheit auf diesem Gebiete, welche die Überleitungsgesetze beseitigen wollen, erst recht vermehrt werden.

a) Demnach erkennt die Hamburgische Gesetzgebung die Vorschriften der übrigen Überleitungsgesetze betr. der von Hamburg verlegten Ehen ohne Zweifel an. Hieraus ergibt sich folgender Rechtszustand:

α) Preußen hat den Güterstand derjenigen Eheleute, welche am 1. Januar 1900 in seinem Staatsgebiet nach Hamburgischem Güterrecht leben, durch sein A.G. z. B.G.B. vom 20. September 1899 Art. 61 § 2, Verordn. vom 20. Dezember 1899 Art. 18 besonders geregelt. Danach sind die wichtigsten Bestimmungen[12] des Hamburgischen Güterstandsgesetzes von Preußen übernommen worden. Da nicht das ganze Gesetz für anwendbar erklärt worden ist, so unterstehen die alten Hamburgischen Ehen in Preußen einem Güterstande, welcher weder mit demjenigen des alten Rechts, noch mit dem in Hamburg geltenden neuen Recht der alten Ehen genau übereinstimmt.

Die preußische Verordnung berücksichtigt nur die am 1. Januar 1900 noch bestehenden Ehen, sie trifft keine besondere Vorschrift für die damals schon aufgelösten Hamburgischen Ehen, in denen fortgesetzte Gütergemeinschaft bestand. Für letztere gilt vielmehr Art. 66 des preußischen A.G., nach welchem für die fortgesetzte Gütergemeinschaft, welche schon vor dem

11) Vgl. VI S. 365.
12) Es sind dies die §§ 1, 2, 8, 10, 11, 12, 15—19. Bez. des Druckfehlers „gewöhnlichen" für „persönlichen" in § 10 des Ges. vgl. § 115 Anm. 14.



1. Januar 1900 nach Preußen verlegt ist, das alte Recht in Geltung bleibt.

In Waldeck-Pyrmont gelten für Hamburgische Ehen dieselben Bestimmungen wie in Preußen (A.G. z. B.G.B. vom 11. Dezember 1899).

β) Durch ausdrückliche Vorschrift ist das Hamburgische Güterstandsgesetz vom 14. Juli 1899 auf die verlegten Ehen für anwendbar erklärt worden in Baden (Gesetz vom 4. August 1902 § 21),[13] Bayern (Gesetz vom 9. Juni 1899 Art. 22),[14] Elsaß-Lothringen (Ver. vom 2. Mai 1900 § 1 Anl.),[15] Hessen (Gesetz vom 17. Juli 1899 Art. 208), Reuß ä. L. (Gesetz vom 26. Oktober 1899 § 113), Reuß j. L. (Gesetz vom 10. August 1899 § 94 Nr. 2), Sachsen-Altenburg (Gesetz vom 4. Mai 1899 § 98), Sachsen-Coburg-Gotha (Gesetz vom 20. November 1899 § 28), Sachsen-Meiningen (Gesetz vom 10. August 1899 § 39), Schwarzburg-Rudolstadt (Gesetz vom 11. Juli 1899 Art. 135), Schwarzburg-Sondershausen (Gesetz vom 19. Juli 1899 Art. 48 § 6). Von diesen Staaten trifft nur Bayern (Gesetz vom 9. Juni 1899 Art. 29, 73) eine Vorschrift für den Fall der am 1. Januar 1900 bestehenden fortgesetzten Gütergemeinschaft, in dem es das alte Recht insoweit bestehen läßt; die übrigen Staaten regeln nur den Güterstand der am 1. Januar 1900 bestehenden Ehen. Für die aufgelösten Ehen tritt sonach derselbe Rechtszustand ein, als wenn die Staaten für die fremden Ehen eine Bestimmung gar nicht getroffen hätten (s. unter b).

γ) Sachsen (Gesetz vom 18. Juni 1898 § 34) hat, soweit für am 1. Januar 1900 bestehende Ehen früher allgemeine Gütergemeinschaft bestand, die entsprechenden Vorschriften des B.G.B. eingeführt. Über die fortgesetzte Gütergemeinschaft der am 1. Januar 1900 aufgelösten Ehen hat Sachsen eine Bestimmung nicht getroffen.

δ) Die beiden Großherzogtümer Mecklenburg (Schwerin Verordn. vom 9. April 1899 § 209, Strelitz Verordn. vom 9. April 1899 § 207), in denen der Grundsatz der Unwandelbarkeit des Güterstandes früher nicht anerkannt wurde, haben für alle am 1. Januar 1900 bestehenden Ehen vom 1. Januar 1901 ab das gesetzliche Güterrecht des

13) Vgl. Dorner-Seng S. 652. S. auch Anm. 17.
14) Vgl. Oertmann S. 563.
15) Vgl. Kisch S. 810.

B.G.B. eingeführt, wenn der Mann damals seinen Wohnsitz im Großherzogtum hatte.[16] Soweit aber am 1. Januar 1900 eine fortgesetzte Gütergemeinschaft bereits bestand, ist das alte Recht in Geltung geblieben (Schwerin a. a. O. § 213, Strelitz a. a. O. § 211).

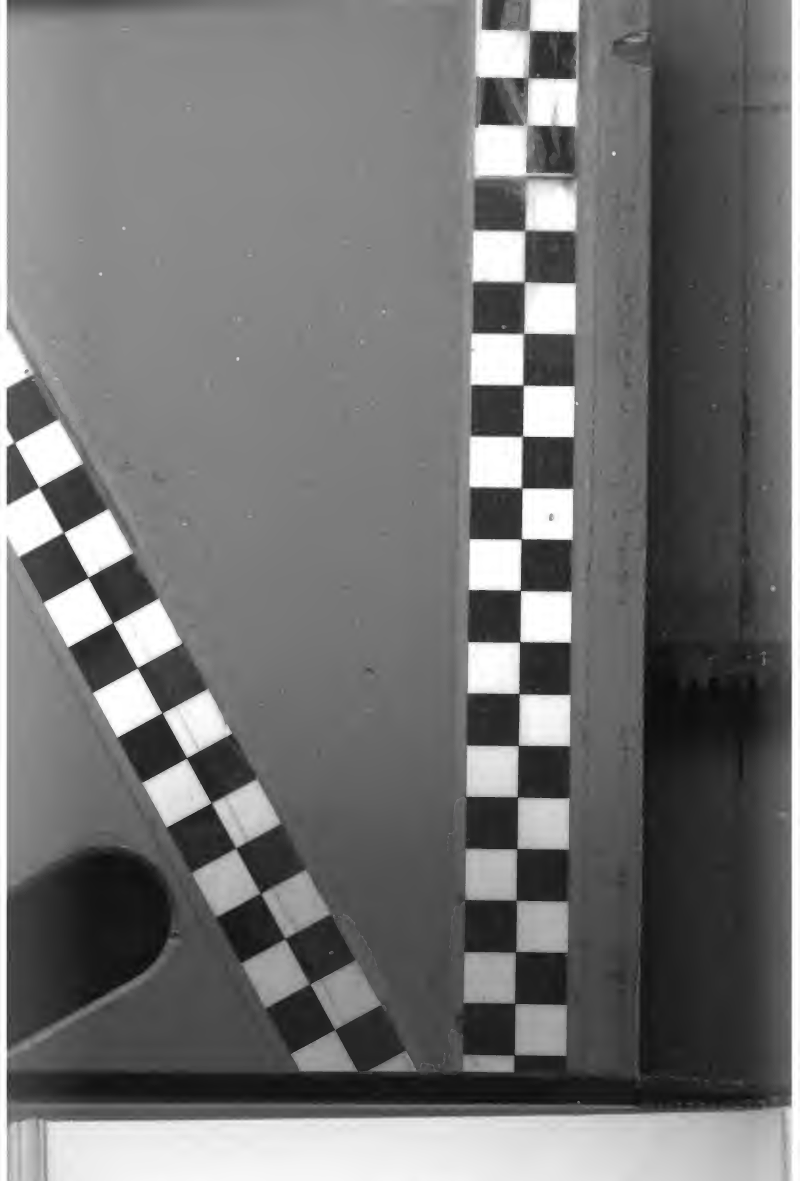
ε) Ausdrücklich unberührt lassen den bisherigen Güterstand der fremden Ehen Anhalt (Gesetz v. 18. April 1899 Art. 59), Sachsen-Weimar-Eisenach (Gesetz vom 5. April 1899 § 184 Nr. 3) und Schaumburg-Lippe (Gesetz vom 23. August 1899 § 21 Abs. 3). Dies gilt auch für die aufgelösten Ehen.

Die erwähnten Staaten treffen eine grundsätzliche Neuregelung nur für diejenigen Ehen, welche sich am 1. Januar 1900 in ihrem Gesetzgebungsbereich befinden.[17] Nur Elsaß-Lothringen, Hessen, die beiden Mecklenburg und Sachsen-Coburg-Gotha bestimmen ausdrücklich, daß ihre Vorschriften auch auf solche Ehen Anwendung finden sollen, welche erst nachher in ihr Gebiet verlegt werden.

Bei den übrigen Staaten, insbesondere auch bei Preußen, entscheidet mithin über die Frage der Überleitung die Gesetzgebung desjenigen Staates, in welchem die Eheleute sich am 1. Januar 1900 befanden. Aber auch für diejenigen Staaten, welche das alte Recht noch später überleiten, muß eine schon vorher erfolgte Überleitung maßgebend bleiben, abgesehen von Mecklenburg.[18]

b) Es bleiben dann noch diejenigen Staaten, welche für die fremden Ehen Vorschriften nicht getroffen haben, und zwar Braunschweig, Bremen, Lippe, Lübeck, Oldenburg, Württemberg. Die Frage, ob dort das alte oder das neue Güterrecht zur Anwendung zu kommen hat, ist in ersterem Sinne zu beantworten. Man wird aus dem Grundsatz der Unwandelbarkeit des Güterstandes schließen müssen, daß nachträgliche Änderungen eines Güterstandsgesetzes, falls sie nicht das Gegenteil ausdrücklich verfügen, diejenigen Ehen nicht betreffen, welche sich nicht mehr im unmittelbaren Bereich der betreffenden Gesetzgebung befinden. Denn im Zweifel ist davon auszugehen, daß der

16) Vgl. Buchka S. 155.
17) Baden setzt voraus, daß die vor dem 1. Januar 1900 geschlossene Ehe am 1. Januar 1903 noch bestand, für die übrigen Ehen hat es eine Überleitung nicht getroffen.
18) Vgl. Kisch S. 814 Anm. 27; Habicht S. 561.



Geltungsbereich eines Gesetzes durch das Staatsgebiet begrenzt wird.[19] Dies ist auch für den Fall anzunehmen, daß die Ehe nach dem 1. Januar 1900 wieder nach Hamburg zurückverlegt wird.[20]

Für die am 1. Januar 1900 bereits aufgelösten Ehen ist mithin das alte Recht erhalten geblieben, falls der überlebende Ehegatte den Sitz der fortgesetzten Gütergemeinschaft vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts von Hamburg verlegt hat.

c) Dasselbe gilt auch von einer Verlegung der Ehe ins Ausland. Ist eine Ehe vor dem 1. Januar 1900 ins Ausland verlegt, so ist sie von der Überleitung nicht betroffen worden.

III. Bez. der nichthamburgischen Ehen, welche nach Hamburg verlegt werden, steht das Güterstandsgesetz (§ 30) auf dem Standpunkt der Unwandelbarkeit des Güterstandes.

1. Dies bezieht sich auf solche Ehen, deren erster Wohnsitz außerhalb Hamburgs gewesen ist. Dazu gehören nicht solche Ehen, deren erster Wohnsitz in Hamburg war, die dann von Hamburg verlegt und vor oder nach dem 1. Januar 1900 zurückverlegt worden sind.[21]

2. Auch im Ausland vor dem 1. Januar 1900 geschlossene Ehen werden hiervon betroffen. Ihr Güterstand richtet sich ebenfalls nach dem ersten Domizil, nicht wie bei neuen Ehen gemäß §§ 15, 16 E.G. nach der Staatsangehörigkeit.

3. Für die unter 1 und 2 genannten Ehen bleibt das vor der Verlegung des Wohnsitzes geltende Güterrecht maßgebend. Demnach richtet sich die Frage, ob eine Überleitung dieses Güterstandes stattgefunden hat, nach dem Rechte des Staates, in welchem die Ehe vor ihrer Verlegung nach Hamburg, und zwar im wesentlichen am 1. Januar 1900, domiziliert war.[22]

---

19) So auch Habicht S. 556. Dagegen nehmen Planck VI S. 364 und Kisch S. 811 an, daß das Hamburgische Gesetz sich auch auf solche Eheleute bezieht, die am 1. Januar 1900 nicht mehr in Hamburg domiziliert waren.

20) Ich gebe zu, daß dies sehr zweifelhaft sein kann. Es läßt sich auch annehmen, daß der Gesetzgeber diesen Fall mit in seine Regelung hat einbeziehen wollen. Die Praxis wird hier schwerlich einen scharfen Unterschied machen.

21) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 89; Amtsger.Samml. 1901 S. 121, 123; 1903 S. 44.

22) Haben Eheleute ihr erstes Domizil in Preußen gehabt und sind sie vor dem 1. Januar 1900 nach Hamburg verzogen, so kommt das alte Recht, sind sie nach diesem Zeitpunkt verzogen, so kommt das neue Recht zur Anwendung. Haben sie ihr erstes Domizil in Bremen gehabt, sind sie von dort vor dem 1. Januar 1900 nach Preußen verzogen und verziehen sie nach diesem

4. Nur in einer Beziehung greift das Güterstandsgesetz in diese Güterstände ein. Wenn die Verlegung vor dem 1. Januar 1900 erfolgt ist, so haftet das Vermögen der Frau für alle vor diesem Zeitpunkt entstandenen Schulden des Mannes. Die Frau kann aus dem Güterrecht keinerlei Einwendungen erheben gegen einen vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Anspruch eines Dritten oder gegen ein zwischen einem Dritten und einem der Ehegatten ergangenes rechtskräftiges Urteil, durch welches über einen vor dem 1. Januar 1900 rechtshängig gewordenen Anspruch eines Dritten entschieden ist (§ 30 Abs. 2 Satz 1 Güterstandsges.). Dies bezieht sich aber nur auf Ansprüche, welche nach der Domizilverlegung nach Hamburg entstanden sind.[23]

Bez. der weiteren Vorschriften zur Wahrung der Rechte Dritter bei den nach Hamburg verlegten Ehen (§ 30 Abs. 2, 3 Güterstandsges.) vgl. den folgenden Paragraphen unter IV.

§ 114. Wirksamkeit gegen Dritte. Das Güterrechtsregister.

I. Im Hamburgischen ehelichen Güterrecht wurde von jeher im Interesse des Geschäftsverkehrs der größte Wert darauf gelegt, daß alles in der Ehe vorhandene Vermögen der Verfügung des Mannes ebenso

---

Zeitpunkt nach Hamburg, so kommt gemäß der preußischen Ausführungsgesetzgebung das neue Bremische Recht zur Anwendung. Sind die Eheleute dagegen statt nach Preußen nach Anhalt oder Württemberg und von da nach Hamburg verzogen, so kommt das alte Bremische Recht zur Anwendung, weil Anhalt dies ausdrücklich anordnet, Württemberg aber überhaupt keine Überleitungsbestimmungen getroffen hat. — Konflikte, wie Kisch (S. 814 sub d) annimmt, können hier nur in ganz komplizierten Verhältnissen eintreten. Kisch geht davon aus, daß eine sächsische Ehe nach Mecklenburg verlegt wird. Mecklenburg regelt alle alten Ehen, welche in seinem Gebiete am 1. Januar 1901 domiziliert waren, und Sachsen soll seine Überleitungsvorschriften ohne Rücksicht darauf getroffen haben, wo sich die Ehegatten am 1. Januar 1900 befunden haben. Kisch fragt dann, welches Recht zur Anwendung komme, wenn später die Ehegatten ihren Wohnsitz nach Elsaß-Lothringen verlegten, das sächsische oder mecklenburgische? — Dieselbe Frage könnte für Hamburg praktisch werden, sie wird aber einfach damit gelöst, daß u. E., wie oben ausgeführt, die sächsischen Vorschriften sich ebensowenig wie die Hamburgischen auf diejenigen Ehen beziehen, welche sich am 1. Januar 1900 nicht mehr innerhalb des sächsischen Gesetzgebungsgebiets befinden.

23) Diese Frage ist streitig, aber in diesem Sinne mit Recht vom O.L.G. (Beibl. 1901 Nr. 34) entschieden. Es sollte durch diese Bestimmung das alte Recht erhalten werden. Im alten Recht war die Frage zwar ebenfalls streitig, doch neigte man sich zuletzt der Ansicht zu, daß die Frau nur für Schulden aus der Zeit des Hamburgischen Domizils haftete (vgl. Wulff III S. 119 Anm. 3 und die dortigen Zitate, insbesondere Beibl. 1891 Nr. 26). Dies hatte auch seinen guten Grund, da der auswärtige Gläubiger bei der Kreditgewährung gar nicht mit der Haftung des Frauenguts rechnen konnte.



unterliege wie sein eigenes Vermögen, daß das Vermögen der Frau für die Schulden des Mannes unbedingt hafte. Dieser Satz war zwingendes Recht und konnte durch vertragliche Vereinbarungen nicht abgeändert werden. Seinetwegen wurde das Prinzip der Unwandelbarkeit des Güterrechts durchbrochen. Auch in einem auswärtigen Güterstande unterstellten Ehen trat, wenn sie nach Hamburg verlegt wurden, diese Haftung ein.[1]

Mit dem Inkrafttreten des B.G.B. wird die Stellung der Frau eine wesentlich bessere. Da nach Art. 200 Abs. 2 E.G. die Beschränkungen weggefallen sind, denen der Abschluß von Eheverträgen bis dahin unterlag, steht an sich nichts im Wege, daß auch in altrechtlichen Ehen die Ehegatten eine Beschränkung der Haftung des Frauengutes eintreten lassen. Bei der Ausarbeitung des Güterstandsgesetzes hat man die größte Sorgfalt darauf verwendet, etwaige aus dieser Rechtsänderung für die Gläubiger befürchtete Schädigungen fernzuhalten. Zu diesem Zwecke hat man eine weitgehende Pflicht der Eintragung im Güterrechtsregister vorgeschrieben.

II. Das Güterrechtsregister ist für Hamburg eine neue Einrichtung.

1. Da ein vertragsmäßiger Ausschluß der Haftung des Frauenguts für die Schulden des Mannes früher nicht zulässig war, so bestand auch im allgemeinen kein Bedürfnis nach einer solchen Einrichtung zur Publikation vertragsmäßiger Abänderungen des gesetzlichen Güterstandes.

Ausnahmsweise wurde durch die Praxis eingeführt,[2] daß nach gerichtlich erkannter Trennung von Tisch und Bett die Ehegatten sich über ihr Vermögen auseinandersetzten und daß eine solche Auseinandersetzung auch Dritten gegenüber wirksam war, falls darüber eine gerichtliche Bekanntmachung, d. h. ein Aufgebot und Ausschlußurteil, erfolgte. Diese Praxis wurde auch durch § 5 des Hamburgischen E.G. z. A.D.H.G.B. vom 22. Dezember 1865[3] gesetzlich anerkannt.

2. Eine sehr viel weitergehende Bedeutung hat das Güterrechtsregister des neuen Rechts. Nach § 1435 B.G.B. ist jede Änderung des gesetzlichen Güterstandes in dasselbe einzutragen, widrigenfalls Dritten aus der Ausschließung

1) Vgl. Baumeister II S. 63, 81 ff.; Niemeyer S. 326 ff.
2) Vgl. Baumeister II S. 107; Niemeyer S. 350.
3) Vgl. Wulff 1. Aufl. II S. 299.

oder der Änderung gewisse relevante Einwendungen nicht entgegengesetzt werden können, es sei denn, daß die Ausschließung oder Änderung dem Dritten bekannt war.

3. Diese Vorschrift hat für die Güterstände der alten Ehen an sich keine Bedeutung. Weder unterliegen diese Güterstände der Eintragungspflicht, noch sind etwaige Abweichungen von ihnen eintragungspflichtig. In dieser Beziehung bleibt nach Art. 200 E.G. das alte Recht unverändert. Ein nach Maßgabe des Güterstandsgesetzes übergeleiteter Güterstand ist auch ohne Eintragung gegen Dritte wirksam. Doch steht es der Landesgesetzgebung frei, die Eintragungspflicht zu statuieren.

III. Das Hamburgische Landesrecht hat eine Eintragungspflicht in gewissen Fällen auch für die alten Ehen angeordnet. Im Zusammenhalt mit den entsprechenden Vorschriften des Reichsrechts besteht bei alten Ehen die Eintragungspflicht:

1. für nach dem 1. Januar 1900 geschlossene Eheverträge, durch welche der übergeleitete Güterstand aufgehoben oder geändert wird (§ 3 Güterstandsges.). Dies bezieht sich auch auf den Fall der Vereinbarung, daß die Fortsetzung der allgemeinen Gütergemeinschaft nach dem Tode eines der Ehegatten nicht eintreten soll.[4]

2. für Eheverträge, die vor Eingehung der Ehe geschlossen sind und durch welche der Güterstand abweichend vom alten Recht geregelt worden ist (§ 5 Abs. 1 Güterstandsges.).

3. für vor oder während der Ehe geschlossene Eheverträge, durch welche der zur Zeit der Errichtung des Vertrages geltende gesetzliche Güterstand nebst dessen erbrechtlichen Wirkungen für maßgebend erklärt wird (§ 5 Abs. 1 Güterstandsges.). Dies betrifft Verträge, die vor dem 1. Januar 1900 geschlossen worden sind, da seit dem Inkrafttreten des B.G.B. gemäß § 1433 die Bezugnahme auf das alte Recht unzulässig ist (s. oben S. 639 f.).

4. für Verträge, durch welche von Tisch und Bett getrennte Ehegatten vor dem 1. Januar 1900 die Gütergemeinschaft aufgehoben haben (§ 6 Güterstandsges.).

5. für das gesetzliche Vorbehaltsgut der Ehefrau (§ 13 Abs. 1 des Gesetzes). Über die Form der Eintragung s. unten § 118 II d.

---

4) Vgl. Planck IV S. 195, 275; Beibl. 1904 Nr. 15.

6. für Eheverträge, durch welche Gesamtgutsgegenstände für Sondergut oder Vorbehaltsgut der Frau erklärt werden (§ 13 Abs. 2 Güterstandsges.).

7. für die Beschränkung und den Ausschluß der Schlüsselgewalt (§ 1357 Abs. 2 B.G.B.). S. S. 645.

8. für den Einspruch und Widerruf der Einwilligung zum Betriebe eines selbständigen Erwerbsgeschäftes abseiten der Frau (§§ 1452, 1405 Abs. 3 B.G.B.).

9. für Urteile, durch welche die Gütergemeinschaft aufgehoben wird (§ 1470 B.G.B.).

10. für die Güterstände der nichthamburgischen Ehen, welche nach Hamburg verlegt werden (§ 30 Abs. 2, 3 Güterstandsges.).

IV. Folgen der Nichteintragung.

1. Der Entwurf des Güterstandsgesetzes hatte die Wirkung der Nichteintragung in das Güterrechtsregister allgemein durch Bezugnahme auf § 1435 B.G.B. bestimmt, wie dies auch in den entsprechenden Fällen des B.G.B. vorgesehen ist. Es sollten also einem Dritten gegenüber aus den betreffenden Verträgen oder gesetzlichen Tatbeständen (z. B. auswärtiger Güterstand, gesetzliches Vorbehaltsgut) Einwendungen gegen ein zwischen ihm und einem der Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft oder gegen ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urteil nur im Falle der Eintragung hergeleitet werden dürfen oder falls die Verträge oder der Tatbestand dem Dritten bekannt war.

2. Auf Veranlassung der Bürgerschaft ist dies wesentlich geändert worden.[5]

a) Die Bezugnahme auf § 1435 B.G.B. ist nur in einzelnen Fällen erhalten geblieben, und zwar bei der Beschränkung der Schlüsselgewalt, sowie des Betriebes eines Erwerbsgeschäftes, bei Gütertrennungsurteilen und bei dem gesetzlichen Vorbehaltsgut der Ehefrau.

b) In den anderen Fällen sind die Folgen der Nichteintragung gegenüber der Bestimmung des § 1435 B.G.B. verschärft worden.

α) In den Fällen III sub 1—3, 6 und 10 ist die Bestimmung gestrichen, daß die Kenntnis des Dritten die Eintragung ersetzt. Hier können mithin Einwendungen gegenüber den Dritten nur im Falle der Eintragung erhoben werden.

5) Vgl. Wulff III S. 93 Anm. 3 und die dort bei den einschlägigen Paragraphen angegebenen Materialien; ferner Beibl. 1905 Nr. 7.

β) Die Bedeutung der Eintragung ist grundsätzlich verändert worden.

aa) Das B. G. B. (§ 1435) macht, wenn es die Eintragung von Verträgen oder sonstigen, das eheliche Güterrecht betreffenden Tatsachen vorschreibt, die Wirksamkeit dieser Verträge und Tatsachen von der Eintragung nicht abhängig. Es gibt nur in gewissen Fällen dem Dritten eine Einrede aus der Nichteintragung, und zwar wenn der Dritte einem Ehegatten gegenüber ein Rechtsgeschäft vorgenommen oder einen Prozeß geführt hat.[6] Abgesehen hiervon ist der Ehevertrag oder die Tatsache auch dem Dritten gegenüber wirksam. Dies hat namentlich Bedeutung für die Zwangsvollstreckung. Der Dritte erhält an sich durch § 1435 nicht die Befugnis, behufs Befriedigung seiner gegen einen der Ehegatten gerichteten Forderung, sich an dasjenige Vermögen des andern Ehegatten zu halten, welches bei dem gesetzlichen Güterstand Bestandteil des Vermögens seines Schuldners oder doch der Zwangsvollstreckung unterworfen wäre.

bb) Auch nach dem Güterstandsgesetz bestehen die Eheverträge und gesetzlichen Tatsachen ohne Eintragung unter den Parteien. Es tritt aber in den Fällen der §§ 3, 5, 6, 13 Abs. 2, 30 Abs. 2, 3 des Gesetzes bis zur Eintragung Unwirksamkeit des Vertrages oder der gesetzlichen Tatsache gegenüber allen denjenigen Dritten ein, welche bis zur Eintragung eine Forderung erwerben.[7] Bis dahin wird es in jeder Beziehung so angesehen, als ob der gesetzliche übergeleitete Güterstand des Hamburgischen Rechts bestände und diejenigen Gegenstände, bez. deren eine Eintragung erfolgen muß, zum Gesamtgute gehörten.

cc) Unter „Dritten" im Sinne dieser Vorschriften ist an sich jeder zu verstehen, der mit einem der Ehegatten in Rechtsbeziehungen steht, z. B. auch der Konkursverwalter.[8]

3. Zu den einzelnen Fällen ist folgendes zu bemerken:

a) Eheverträge, welche nach dem 1. Januar 1900 abgeschlossen sind, sind im Falle der Nichteintragung unwirksam (§ 3 Güterstandsges.). Diese Unwirksamkeit steht nicht im

6) Vgl. Dernburg IV S. 176; Planck IV zu § 1435.
7) Vgl. Beibl. 1903 Nr. 119. Es kommt auf den Zeitpunkt der Entstehung der Forderung, nicht auf denjenigen der Zwangsvollstreckung an (Beibl. 1905 Nr. 7).
8) Vgl. Beibl. 1902 Nr. 43; 1904 Nr. 15.



Widerspruch mit Art. 200 Abs. 2 E.G. z. B.G.B. Allerdings gestattet diese Vorschrift die Errichtung „wirksamer" Eheverträge. Der Landesgesetzgebung ist es jedoch nicht verboten, den Abschluß solcher Verträge an eine Formvorschrift zu knüpfen, welche an sich auch das Reichsrecht vorsieht. Daß die Nichterfüllung der Formvorschrift in gewisser Beziehung schwerere Folgen hat als nach dem § 1435 B.G.B., ist nicht von Erheblichkeit.[9] Entscheidend ist, daß die vom Landesrecht vorgeschriebene Formvorschrift nicht schwerer zu erfüllen ist, als diejenige des Reichsrechts.

b) In § 5 Güterstandsges. wird hinsichtlich der vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossenen Eheverträge außer der Anordnung der Unwirksamkeit noch ausdrücklich bestimmt, daß aus einem nicht eingetragenen Ehevertrage keine Einwendungen[10] hergeleitet werden können gegen Ansprüche Dritter, die vor der Eintragung entstanden sind, und gegen ein rechtskräftiges, zwischen einem Dritten und einem der Ehegatten ergangenes Urteil, das über einen vor der Eintragung rechtshängig gewordenen Anspruch entscheidet. Die alten Gläubiger können sich bez. ihrer vor der Eintragung entstandenen Ansprüche auch an dasjenige halten, was die Frau nach der Eintragung ihres Ehevertrages erworben hat, da das alte Recht in dieser Beziehung aufrechterhalten werden sollte, und derjenige, der nach altem Recht mit einem Ehemann kontrahierte, unentziehbare Anrechte bez. des gegenwärtigen und zukünftigen Frauenvermögens erworben hatte.[11] Die Bedeutung des Ausschlusses von Einwendungen gegen ein rechtskräftiges Urteil liegt darin, daß dem am Prozesse nicht beteiligten Ehegatten der Einwand versagt sein soll, der Anspruch habe trotz seiner rechtskräftigen Feststellung nicht bestanden.[12]

---

9) So auch Wulff III S. 93 Anm. 3 a. E.

10) Da der Vertrag Dritten gegenüber überhaupt unwirksam ist, so ist der Begriff „Einwendungen" nicht allein in seiner prozessualen Bedeutung zu nehmen. Durch die Unwirksamkeit des Vertrages wird auch z. B. ausgeschlossen, daß die Ehefrau im Wege des Interventionsprozesses ein ihr nach dem Ehevertrag zustehendes Eigentum geltend macht. Vgl. hierzu Beibl. 1903 Nr. 128; 1901 Nr. 24.

11) Vgl. Beibl. 1904 Nr. 153.

12) So in den Motiven (vgl. Verh. 1899 S. 80). Die Fassung des § 5 Abs. 1 Güterstandsges. ist wenig glücklich, da aus der bis zur Eintragung bestehenden Unwirksamkeit des Vertrages sich die besonders ausgesprochenen Folgerungen von selbst ergeben. Sie erklärt sich aus der Entstehungsgeschichte des § 5. Ursprünglich enthielt § 5 eine Bezugnahme auf § 1435 B.G.B. Dann mußten die obigen Anordnungen besonders getroffen werden. Auch das

c) Eheverträge, durch welche Sonder- oder Vorbehaltsgut bestellt wird, sind im Falle der Nichteintragung unwirksam (§ 13 Abs. 2 Güterstandsges.). Im übrigen unterliegt die Eintragung des Vorbehaltsguts der Vorschrift des § 1435 B.G.B.

d) Besondere Vorschriften betreffen die von auswärts nach Hamburg verlegten Ehen (§ 30 Güterstandsges.).

α) Die Ehe ist vor dem 1. Januar 1900 nach Hamburg verlegt worden.

aa) Dann haftet das Vermögen der Frau unter allen Umständen für die vor dem 1. Januar 1900 in Hamburg entstandenen Schulden des Mannes, auch wenn der auswärtige Güterstand etwas anderes bestimmt (s. § 113 a. E.).

bb) Auch sonstige Abweichungen von dem übergeleiteten Hamburgischen Güterrecht erlangen bei diesen Ehen Dritten gegenüber Wirksamkeit erst mit der Eintragung in das Hamburgische Güterrechtsregister. Sie sind im Falle der Nichteintragung ebenso unwirksam, wie nichteingetragene Eheverträge Hamburgischer Ehen (§ 30 Abs. 2 Güterstandsges.).

β) Die Ehe ist nach dem 1. Januar 1900 nach Hamburg verlegt worden. Dann sind Abweichungen vom übergeleiteten Güterstande des Hamburgischen Rechts, auch der Ausschluß der Schuldenhaftung bez. der vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Verbindlichkeiten, zulässig. Aus diesem abweichenden Güterrechte können indessen bis zur Eintragung Einwendungen gegen vorher entstandene Ansprüche Dritter oder ergangene rechtskräftige Urteile nicht hergeleitet werden (§ 30 Abs. 3 Güterstandsges.).

γ) Die Zulässigkeit dieser Regelung nach dem Reichsrecht ist nicht zu bezweifeln, da es sich um altrechtliche Ehen handelt und die Reichsgesetzgebung der Landesgesetzgebung in dieser Beziehung Schranken nicht gezogen hat.[13] (Vgl. § 113 II.) Die Verpflichtung zur Eintragung entspricht der Vorschrift des B.G.B. im § 1435.

e) Verträge, durch welche von Tisch und Bett getrennte Ehegatten vor dem 1. Januar 1900 die Güter-

---

Bindewort „jedoch" in § 5 Abs. 1 Satz 3 erklärt sich lediglich hieraus, da es einen Gegensatz zu der Vorschrift des § 1435 B.G.B. einleitete; jetzt ist es geradezu widersinnig. Vgl. Beibl. 1905 Nr. 7.

13) Vgl. Verh. 1899 S. 93, sowie Beibl. 1904 Nr. 15, 1903 Nr. 24, 1902 Nr. 43.



gemeinschaft aufgehoben haben (III, 4, unterliegen ebenfalls besonderen Vorschriften.

α) Sie haben Dritten gegenüber nur im Falle der Eintragung Wirksamkeit. Doch sind sie bez. der vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Ansprüche auch Dritten gegenüber wirksam, wenn sie in der damals üblichen Form publiziert worden sind (s. oben sub II 1; § 6 Güterstandsges.).

β) Diese Bestimmung ist mit dem Reichsrecht vereinbar, da für die Wirkungen einer Trennung von Tisch und Bett, auf welche vor dem 1. Januar 1900 erkannt worden ist, die bisherigen Gesetze maßgebend geblieben sind (Art. 202 E.G. z. B.G.B.).

γ) Seit dem Inkrafttreten des B.G.B. können getrennte Eheleute durch Ehevertrag die Gütergemeinschaft beliebig aufheben; ein solcher Vertrag unterliegt der Eintragungspflicht nach § 3 Güterstandsges. Eine Klage auf Aufhebung der Gütergemeinschaft kann auch in solchen Fällen nur auf Grund des § 1468 B.G.B. erhoben werden.

f) Hinsichtlich der Beschränkung und des Ausschlusses der Schlüsselgewalt (§ 1357 Abs. 2 B.G.B.), des Einspruchs gegen den Betrieb eines Erwerbsgeschäftes (§§ 1452, 1405 B.G.B.), der Aufhebung der Gütergemeinschaft durch Urteil (§ 1470 Abs. 2 B.G.B.) und des gesetzlichen Vorbehaltsguts der Ehefrau (§ 13 Abs. 1 Güterstandsges.) richten sich die Wirkungen der Nichteintragung nach § 1435 B.G.B.

V. Die Güterrechtsregister werden durch die Amtsgerichte geführt, und zwar nach den §§ 1558—1563 B.G.B.; §§ 161, 162, 127 bis 130, 142, 143 F.G.G.; §§ 30, 31 Hamb. F.G.G.; Bestimmungen des Bundesrats über das Vereins- und Güterrechtsregister vom 3. November 1898; Verf. der Senatskommission für die Justizverwaltung vom 1. Januar 1900 betr. die Einrichtung und Führung des Güterrechtsregisters[14] und einigen zu besprechenden Vorschriften des Güterstandsgesetzes.

1. Die Führung der Register ist im Prinzip die gleiche für alte und neue Ehen, doch gelten für die ersteren einzelne Sonderbestimmungen des Hamburgischen Rechts; dieselben sind zulässig, da das Recht der alten Ehen der Landesgesetzgebung unterstellt ist.

14) Vgl. Ges.Samml. 1900 II S. 1; Wulff III S. 251.

Für jeden Amtsgerichtsbezirk ist ein besonderes Güterrechtsregister für die alten und die neuen Ehen angelegt.[15]

2. Die Eintragung erfolgt grundsätzlich bei dem **Amtsgericht des Wohnsitzes** des Mannes, bei der Verlegung des Wohnsitzes auch bei dem neuen Amtsgericht (§§ 1558, 1559 B.G.B.). Bei der Verlegung des Wohnsitzes, z. B. nach Cuxhaven, verliert die frühere Eintragung von selbst ihre Wirksamkeit, d. h. nur solchen Gläubigern gegenüber, welche in der Zeit zwischen der Verlegung und der neuen Eintragung Forderungen erwerben. Diese Gläubiger können sich auf den Standpunkt stellen, daß der gesetzliche Güterstand der alten Hamburger Ehen bestehe.[16]

Ist ein Ehegatte Kaufmann und befindet sich seine Handelsniederlassung nicht am Wohnsitze, so ist die Eintragung für das Handelsgeschäft unwirksam, wenn sie nicht beim Gericht der Handelsniederlassung wiederholt wird (Art. 4 E.G. z. H.G.B.).

3. Die **Eintragung** erfolgt nur auf **öffentlich beglaubigten Antrag**. Der Antrag ist notariell[17] zu beglaubigen, da Hamburg gemäß § 191 Abs. 2 F.G.G. die Zuständigkeit der Amtsgerichte durch § 15 seines F.G.G. vom 29. Dezember 1899 ausgeschlossen hat. Doch können nach §§ 161, 128 F.G.G. die Anmeldungen zur Eintragung auch zum Protokoll des Amtsgerichts erfolgen.

a) Der **Antrag** muß regelmäßig von **beiden Ehegatten** gestellt werden. Jeder Ehegatte ist dem andern gegenüber zur Mitwirkung verpflichtet (§ 1561 Abs. 2 B.G.B.), letzteres gilt jedoch im Zweifel nicht bei alten Hamburgischen Ehen bez. der Eintragung der vor der 1. Januar 1900 geschlossenen Eheverträge (§ 5 Abs. 2 Güterstandsges.).

---

15) Vgl. Verf. der Senatskomm. v. 1. Jan. 1900 Nr. 1.

16) Verziehen die Ehegatten in einen andern Bundesstaat, so richtet sich die Wirkung der Nichteintragung nach den Bestimmungen des betr. Staates. Für Preußen kommen insbesondere die Art. 63—65 des Preuß. A.G. z. B.G.B. in Betracht. Danach kann sich derjenige, der nach dem Verzuge und vor der Eintragung eine Forderung erwirbt, auf den Standpunkt stellen, daß das gesetzliche Güterrecht des B.G.B., nicht aber, daß der übergeleitete Güterstand des Hamburgischen Rechts gelte (vgl. Stranz-Gerhardt, Preuß. A.G. S. 273). A. M. Beibl. 1907 Nr. 118.

17) Gemäß §§ 161, 129 F.G.G. kann der Antrag von dem Notar gestellt werden, welcher von den Ehegatten mit der Beurkundung oder der Beglaubigung des Vertrages beauftragt worden ist. Der Notar ist auch befugt, Beschwerde zu erheben (Beschl. des O.L.G. v. 10. Aug. 1900 in Seuff. Arch. 56 S. 133). Ein genügender Antrag auf Eintragung liegt vor, wenn in dem Ehevertrag erklärt ist, daß der Vertrag eingetragen werden und der Notar den betreffenden Antrag stellen solle (vgl. die oben angeführte Entscheidung).



b) Der Antrag eines der Ehegatten genügt:

α) für die Eintragung eines Ehevertrages unter Vorlegung desselben, jedoch abgesehen von den vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Verträgen in alten Hamburgischen Ehen und aller Eheverträge, durch welche ein Sondergut bestellt wird[18] (§ 5 Abs. 2 Güterstandsges.), sowie für die Eintragung einer Änderung des Güterrechts durch rechtskräftige Entscheidung unter der mit dem Zeugnis der Rechtskraft versehenen Vorlegung derselben (§ 1561 Abs. 3 Nr. 1 B.G.B.);

β) für die Wiederholung einer Eintragung in dem Register eines andern Bezirks,[19] wenn mit dem Antrag eine nach der Aufhebung des bisherigen Wohnsitzes erteilte, öffentlich beglaubigte Abschrift der früheren Eintragung vorgelegt wird (§ 1561 Abs. 3 Nr. 2 B.G.B.). Dies gilt auch für die alten Eheverträge bei der Verlegung des Wohnsitzes aus dem Bezirk des Amtsgerichts Hamburg nach Bergedorf oder Ritzebüttel, da die erste Eintragung im Güterrechtsregister unter allen Umständen nur auf beiderseitigen Antrag erfolgen konnte;

γ) für Eintragungen über Einschränkung der Schlüsselgewalt der Frau und über das selbständige Erwerbsgeschäft der Frau, und zwar erfolgen diese bloß auf Antrag des Mannes (§ 1561 Abs. 1 B.G.B.).

4. Art der Eintragung.

a) Eingetragen werden muß die betr. Vertragsbestimmung oder die gesetzliche Tatsache, deren Eintragung vorgeschrieben ist. Wird in einem Ehevertrag auf ein bestimmtes gesetzliches Güterrecht Bezug genommen, so genügt dessen Angabe. Werden Sonderbestimmungen getroffen, so müssen diese eingetragen werden.

b) Bei Vorbehaltsgut genügt nicht die Eintragung der Tatsache, daß Vorbehaltsgut bestellt ist, vielmehr muß sich aus der Eintragung ergeben, welche Sachen als Vorbehaltsgut bestellt sind. Wieweit eine Spezialisierung erforderlich ist, ist unten § 118 IV 3 ausgeführt.

---

18) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 24, 214.

19) In diesem Falle hat das Amtsgericht selbständig die Zulässigkeit der Eintragung zu prüfen und nicht nur die in das andere Register erfolgte Eintragung zu übertragen. Vgl. Amtsger.Samml. VI S. 50, 110; Beibl. 1906 Nr. 3.

5. Veröffentlichung der Eintragungen.

a) Das Amtsgericht hat die Eintragungen im Hamburgischen Amtsblatt bekannt zu machen.[20]

b) Das Amtsgericht hat bei Eintragungen, die sich auf den Inhaber einer im Handelsregister eingetragenen Firma beziehen, einen bezüglichen Vermerk im Handelsregister herbeizuführen; dies hat auch zu geschehen, wenn der betreffende Ehegatte erst später als Firmeninhaber in das Handelsregister eingetragen wird. Dieser Vermerk im Handelsregister ist gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 H.G.B. bekannt zu machen (§ 31 Hamb. F.G.G.). Vom Standpunkte des Reichsrechts ist gegen diese landesgesetzliche Anordnung, welche selbständige rechtliche Bedeutung nicht hat, nichts einzuwenden. Die Denkschrift des Reichsjustizamts zum Entwurf eines H.G.B. (1896 S. 21) spricht es selbst aus, daß nichts im Wege stehe, solche Ausführungsbestimmungen zu treffen.

c) Die Einsicht des Güterrechtsregisters steht jedem frei, auch können von den Eintragungen Abschriften gefordert werden.

6. Bez. der Kosten in Güterregisterangelegenheiten vgl. §§ 84 bis 88 Hamb. Gerichtskostengeſ., §§ 23, 10 Hamb. Gebührenordn. für Notare.

Dritter Titel.

Das neue Recht der alten Ehen.

I. Die am 1. Januar 1900 bestehenden Ehen.

§ 115. Die allgemeine Gütergemeinschaft. Gesamtgut und Einhandsgüter.

I. Der Umfang des Gesamtguts ist im wesentlichen im alten und im neuen Recht der gleiche.

1. Zum Gesamtgute gehört alles Vermögen, welches der Mann und die Frau bei Eingehung der Ehe besitzen und das sie während der Ehe erwerben, abgesehen von den Einhandsgütern, welche im alten Recht nur in sehr beschränktem Umfange zugelassen wurden.

2. In das Gesamtgut fallen alle Vermögensrechte, auch Grundstücke.

a) Nach altem Recht wurden Grundstücke und Hypotheken, welche der Frau gehörten, auf den Namen des Mannes umge-

20) Vgl. Bek. des Senats v. 15. Dez. 1886; Wulff I S. 97.



schrieben, und zwar geschah dies auf alleinigen Antrag des Ehemanns ohne Konsens der Frau.[1]

b) Nach neuem Recht werden die Ehegatten als gemeinschaftliche Eigentümer oder dinglich Berechtigte „auf Grund der allgemeinen Gütergemeinschaft“ eingetragen (§ 1438 Abs. 3 B.G.B.; § 48 G.B.O.).[2] Jeder Ehegatte ist zur Herbeiführung dieser Berichtigung des Grundbuchs dem Andern zur Mitwirkung verpflichtet.

c) Auch in den alten Ehen kann die Ehefrau eine derartige Berichtigung des Grundbuchs fordern. Es ist aber im Grundbuch hervorzuheben, daß es sich um eine Gütergemeinschaft auf Grund des Gesetzes vom 14. Juli 1899 handelt (Geschäftsanw. für die Grundbuchämter vom November 1899 Nr. 19).

3. Im Zweifel ist anzunehmen, daß alles im Besitz eines oder beider Ehegatten befindliche Vermögen Gesamtgut ist,[2a] so daß hierdurch die praesumtio Muciana des § 1362 Abs. 1 B.G.B. modifiziert wird. Wenn aber nachgewiesen wird, daß die im Besitze eines oder beider Ehegatten befindlichen Sachen nicht Gesamtgut sind, dann tritt auch hier die Vermutung ein, daß sie dem Manne gehören, es sei denn, daß es sich um zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmte Sachen, insbesondere Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte handelt. Da diese Sachen zum Vorbehaltsgut der Frau erklärt sind (§ 10 Güterstandsges.), ist anzunehmen, daß diese Sachen der Frau gehören (§ 1362 Abs. 2 B.G.B.).

II. Die Überleitung ist am 1. Januar 1900 dahin erfolgt, daß das ganze Samtgut in dem Zustande, in welchem es sich damals befand, Gesamtgut im Sinne des B.G.B. wurde. Für diejenigen, welche ein Alleineigentum des Mannes am Samtgut annahmen,[3] verwandelte sich dies mit dem Beginn des 1. Januar 1900 in ein Gesamteigentum.

Die rechtliche Natur der Gütergemeinschaft des B.G.B., welche jetzt auch die der alten Ehen ist, ist diejenige der Gemeinschaft zur gesamten Hand.

1) Vgl. Baumeister II S. 71, 125; Niemeyer S. 310; Mittelstein, Ges. über Grundeig. und Hypotheken S. 16.

2) Nach § 8 des Ges. betr. die Immobilienabgabe v. 1. März 1882 wurde früher bei der Umschreibung des Grundstücks auf den Namen des Mannes eine Immobilienabgabe nicht erhoben. Auch jetzt ist dieselbe nicht zu erheben, wenn eine solche Berichtigung des Grundbuchs erfolgt, wie auch wenn umgekehrt das Grundbuch dahin berichtigt wird, daß ein bisher zum Gesamtgut gehöriges Grundstück einem Ehegatten zugefallen ist (vgl. Wulff I S. 265 Anm. 1).

2a) Vgl. Seuff. Arch. 62 Nr. 196.

3) Vgl. § 111.

Danach ist jeder der Ehegatten schon während der Ehe Miteigentümer am Gesamtgut, ob nach bestimmten Bruchteilen ist streitig, aber ohne praktische Bedeutung. Denn kein Gatte kann ein Quotenrecht während der Gütergemeinschaft geltend machen oder Teilung verlangen; ebensowenig können dies die Gläubiger eines der Gatten (§ 1442 B.G.B.; § 860 Z.P.O.). Auch im übrigen sind die Rechte der Ehegatten und der Gläubiger im einzelnen so vollständig geregelt, daß die Frage, ob schon während der Ehe Quotenrechte der Ehegatten bestehen, dahingestellt bleiben kann.[4]

III. Die Bestimmungen über das Sonder- und das Vorbehaltsgut weichen im alten und neuen Recht stark voneinander ab.

1. Ein Sondergut des Ehemannes war dem alten Recht unbekannt, da der Mann in der Verfügung über das Samtgut vollständig frei war.

2. Dagegen kannte das alte Recht ein Sondergut der Ehefrau.

a) Dasselbe konnte durch Vertrag unter den Ehegatten bestellt werden, aber nur mit Wirkung unter diesen. Dritten konnte durch Vertrag das Gut der Frau nicht entzogen werden.[5] Erforderlich war nicht, daß das Vermögensobjekt ausdrücklich als Sondergut bezeichnet wurde, vielmehr genügte, daß der Wille, das Gut der Verwaltung des Mannes zu entziehen, sich aus den Umständen ergab.[6]

b) Ein Dritter konnte der Frau ein Sondergut mit der Bestimmung zuwenden, daß es der Verwaltung des Ehemannes entzogen sein solle. Dies Gut haftete den Gläubigern des Mannes nicht, falls es von dem Vermögen des Mannes faktisch getrennt gehalten wurde, z. B. durch Zuschreibung eines Grundstücks oder einer Hypothek auf den Namen der Frau, und eine gewisse Publizität dieses Rechtsverhältnisses eintrat.[7] Doch war eine ausdrückliche Publikation nicht erforderlich.[8]

c) Kraft Gesetzes (§ 7 Nr. 1 des A.G. z. K.O. vom 25. Juli 1879; Art. 28 Neue Fallitenordn. von 1753) wurde alles Sondergut der Frau, was dieselbe unter Lebenden und von Todes wegen nach der Er-

---

4) Dernburg (IV S. 184) nimmt an, daß jeder der Ehegatten Eigentümer der Hälfte des Gesamtvermögens ist.

5) Deshalb genügte auch ein vor der Eheschließung erfolgter Verzicht des Mannes auf gewisse der Frau gehörige Stücke nicht, um dieselben der Haftung der Gläubiger zu entziehen (Beibl. 1901 Nr. 80).

6) Vgl. Baumeister II S. 97; Niemeyer S. 315 f.; Wulff III S. 99 Anm. 1.

7) Vgl. Cropp in Heise und Cropp II S. 491; Gries II S. 55; Baumeister II S. 101; Niemeyer S. 317.

8) Vgl. Beibl. 1898 Nr. 160; 1894 Nr. 26; 1878 Nr. 34.



öffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen ihres Ehemanns erwarb.[9] Dies bezieht sich auch auf dasjenige, was die Frau aus dem Konkurse ihres Mannes erhielt.

d) Ebenfalls kraft Gesetzes (§ 1 A.G. z. K.O. vom 25. Juli 1879; Art. 30 Neue Fallitenordn. von 1753)[10] konnte die Frau ihr Eingebrachtes und was sie während der Ehe erworben hatte, im Falle des Konkurses über das Vermögen ihres Mannes zurücknehmen, wenn der Mann bei Eingehung der Ehe schon überschuldet gewesen war und die Ehe beim Ausbruch des Konkurses noch nicht 5 Jahre bestanden hatte.[11] Was die Frau auf diese Weise zurückerhielt, wurde Sondergut.

3. In allen Fällen, auch denen unter 2 c und d, konnte die Frau auf ihr Sondergut verzichten, indem sie dasselbe in das Gesamtgut einwarf.

IV. Das neue Recht unterscheidet zwischen Sondergut und Vorbehaltsgut.

1. Beide Güter sind sog. Einhandsgüter, d. h. sie stehen im Eigentum des Mannes oder der Frau.

2. Seit dem 1. Januar 1900 können in den alten Ehen der Mann und die Frau Vorbehaltsgut und Sondergut haben.

3. Der Unterschied zwischen dem Sondergut und dem Vorbehaltsgut besteht darin, daß beim Sondergut die Nutzungen dem Gesamtgut zufließen und die Lasten vom Gesamtgut getragen werden, und zwar in demselben Umfange wie beim eingebrachten Gut des gesetzlichen Güterstandes des B.G.B., während die Nutzungen des Vorbehaltsguts eine Vermehrung desselben bilden und die Lasten vom Vorbehaltsgut getragen werden müssen.

4. Sondergut sind die durch Rechtsgeschäft nicht übertragbaren Gegenstände (§ 1439 B.G.B.).

a) In Betracht kommen hier z. B. Fideikommißgüter, der Nießbrauch, die unpfändbaren und daher nicht übertragbaren Forderungen (§ 400 B.G.B.), die Ansprüche auf Lohn und Gehalt, sowie aus den sozialpolitischen Versicherungsgesetzen.[12]

---

9) Vgl. über den Fall, daß über eine offene Handelsgesellschaft ein Konkurs eröffnet worden ist, und den Einfluß dieses Konkurses auf das Vermögen der Ehefrauen der Gesellschafter Beibl. 1899 Nr. 32.

10) Vgl. auch Art. 11 Stat. II 5.

11) Vgl. Niemeyer S. 318; Baumeister II S. 84; Hasche, Neue Fallitenordn. II S. 278—297.

12) Vgl. Dernburg IV S. 182.

b) Auch vertragsmäßig kann die Abtretung einer Forderung ausgeschlossen (§ 399 B.G.B.) und dadurch indirekt ein Sondergut geschaffen werden.

c) Im alten Recht war ein derartiges Sondergut ausdrücklich nicht anerkannt. Aus dem Wesen der Sache folgte aber, daß derartige unübertragbare Gegenstände, falls sie der Frau gehörten, auch früher nicht in das Samtgut fielen. Dagegen fielen die Nutzungen ohne Zweifel in das Samtgut. Dies gilt namentlich von den Familien-Fideikommißgütern, auf welche in Hamburg das gemeine Recht zur Anwendung kam.[13]

5. Das Vorbehaltsgut des neuen Rechts entspricht grundsätzlich dem Sondergut des alten Rechts.

a) Das B.G.B. kennt bei der allgemeinen Gütergemeinschaft Vorbehaltsgut nur in geringem Umfange.

b) Das Güterstandsgesetz erweitert den Umfang des Vorbehaltsguts sowohl gegenüber dem früheren Recht, als auch in bezug auf die Vorschriften des B.G.B.

c) Seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts kann auch der Mann Vorbehaltsgut haben.

d) Das Sondergut der Frau aus dem alten Recht ist in Vorbehaltsgut des neuen Rechts umgewandelt worden.

Dazu ist Vorbehaltsgut der Frau, was nach dem B.G.B. bei der allgemeinen Gütergemeinschaft Vorbehaltsgut ist, sowie was nach den Vorschriften der §§ 1366, 1367 B.G.B. bei dem gesetzlichen Güterstande des B.G.B. Vorbehaltsgut der Frau ist.

Diese Erweiterung des Vorbehaltsguts der Frau gestaltet ihre Rechtslage im neuen Recht sehr viel günstiger als im alten Recht.

V. Bez. der Überleitung derjenigen Gegenstände, welche nach dem neuen Recht als Sondergut anzusehen sind, sind Vorschriften nicht getroffen.

Aus § 1439 B.G.B. ergibt sich aber, daß alle in der Ehe am 1. Januar 1900 vorhandenen Gegenstände, welche an sich nach neuem Recht Sondergutsqualität haben, von diesem Zeitpunkte an Sondergut nach neuem Recht geworden sind.

Haben durch die Änderung der Gesetzgebung einzelne Gegenstände dagegen die Unübertragbarkeit verloren, so sind sie mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts in das Gesamtgut gefallen.

13) Vgl. Baumeister II S. 291.



VI. Nach dem Ausgeführten ist beim Vorbehaltsgut der Frau zu unterscheiden, was die Frau aus dem alten Recht in das neue hinüber genommen hat, und was nach dem 1. Januar 1900 Vorbehaltsgut geworden ist.

1. Die Überleitung des alten Sondergutes der Frau ist in der Weise erfolgt, daß als Vorbehaltsgut des neuen Rechts erklärt wurde:

a) was der Frau vor dem 1. Januar 1900 als Sondergut durch Ehevertrag wirksam bestellt war (§ 8 Güterstandsges.). S. oben III 2 a;

b) was ein Dritter vor dem 1. Januar 1900 der Frau als Sondergut wirksam zugewandt hat (§ 9 Güterstandesges.). S. oben III 2 b;

c) was die Frau vor dem 1. Januar 1900 nach Eröffnung eines Konkursverfahrens über das Vermögen des Mannes erworben hat (§ 12 Ziff. 1 Güterstandsges.). S. oben III 2 c. Was die Frau nach dem 1. Januar 1900 erwirbt, fällt nicht hierunter, vielmehr kommen in diesem Falle die Vorschriften des B.G.B. (insbesondere § 1468 Nr. 3—5 betr. Aufhebung der Gütergemeinschaft) zur Anwendung;

d) was die Frau aus einem innerhalb 5 Jahre nach Eingehung der Ehe eröffneten Konkurse des Mannes erhalten hat, falls bei Eingehung der Ehe der Mann schon überschuldet war (§ 12 Ziff. 2 Güterstandsges.). S. oben III 2 d. Diese Bestimmung bezieht sich auch auf Konkurse, die nach dem 1. Januar 1900 eröffnet werden. Da jedoch die Ehe am 1. Januar 1900 schon bestanden haben und der Konkurs innerhalb 5 Jahre nach der Eingehung der Ehe eröffnet sein muß, so hat diese Bestimmung keine Bedeutung mehr für Konkurse, welche nach dem 31. Dezember 1904 eröffnet worden sind. Hatte die Frau in diesen Fällen auf ihr Sondergut verzichtet, indem sie dasselbe wieder in das Gesamtgut eingeworfen hatte, so ist es nicht als Vorbehaltsgut übergegangen.

2. Für die nach dem 1. Januar 1900 von den Ehegatten erworbenen Gegenstände kommt ferner in Betracht:

a) Bei beiden Ehegatten ist Vorbehaltsgut, was durch Ehevertrag dazu erklärt ist (§ 1440 B.G.B.). Auf andere Weise können die Ehegatten selbst einander ein Vorbehaltsgut nicht bestellen.

b) Vorbehaltsgut der Frau sind weiter:

α) die zum persönlichen[14] Gebrauch der Frau bestimmten Sachen, insbesondere Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte, welche die Frau am 1. Januar 1900 besessen hat oder später erwirbt[15] (§ 10 Güterstandsges.). Daß sie durch einen besonderen Übertragungsakt das Eigentum erworben hat, ist nicht erforderlich, da bei dem früheren Verbot der Schenkungen unter Ehegatten sonst gar keine der am 1. Januar 1900 vorhandenen Sachen Vorbehaltsgut geworden wären. Es genügt, daß die Sachen mangels einer solchen positiven Bestimmung zum Samtgut gehören würden;

β) was die Frau nach dem 1. Januar 1900 von Todes wegen oder unter Lebenden unentgeltlich von einem Dritten erwirbt, falls der Dritte bei der Zuwendung bestimmt hat, daß der Erwerb Vorbehaltsgut sein soll (§§ 1440, 1369 B.G.B.);

γ) was die Frau nach dem Inkrafttreten des Güterstandsgesetzes, d. h. dem 1. Januar 1900, durch ihre Arbeit oder durch den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes erwirbt (§ 11 Güterstandsges.);[16]

aa) Erwerbsgeschäft ist ein Geschäft jeder Art, welches des Erwerbs halber betrieben wird. Erforderlich ist, daß die Frau und nicht der Mann die oberste Leitung hat. Ob das Geschäft ausdrücklich auf den Namen der Frau betrieben wird, ist nicht erheblich.[17]

bb) Es fragt sich, ob auch das Erwerbsgeschäft als solches, d. h. der Komplex der zum Geschäft gehörigen Sachen seit dem 1. Januar 1900 zum Vorbehaltsgut gehört bezw. bei der Begründung eines Geschäfts nach diesem Termin Vorbehaltsgut wird.

---

14) Im Amtsblatt steht versehentlich „gewöhnlichen“ statt „persönlichen“. Aus den gesetzgeberischen Verhandlungen ergibt sich die Existenz eines Versehens ganz klar; es handelt sich um eine Übertragung des § 1366 B.G.B. auf das Recht der alten Ehen. Die preuß. Ver. v. 20. Dez. 1899 Art. 18 betr. die Hamburgischen Ehen hat das Versehen übernommen, doch ist dies absichtlich geschehen und dürfte deshalb für die in Preußen befindlichen Hamburgischen Ehen der Ausdruck „gewöhnlich“ maßgebend sein. Für Hamburg gilt dagegen der von Senat und Bürgerschaft beschlossene Text: „persönlich“. Vgl. Urt. des O.L.G. v. 13. Okt. 1902 (Beibl. 1903 Nr. 12). S. auch S. 32 Anm. 7.

15) Vgl. Beibl. 1903 Nr. 12; Goldfeld, Unter welchen Voraussetzungen sind die zum persönlichen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen in alten Hamburgischen Ehen Vorbehaltsgut? in Beibl. 1903 Nr. 20. Vgl. auch Dernburg IV S. 130.

16) Vgl. § 1367 B.G.B. und Dernburg IV S. 129 f. — Das O.L.G. (Beibl. 1904 Nr. 105) erblickt hierin eine Ausnahmebestimmung von § 1438 B.G.B. und verlangt von der Frau den Nachweis der Voraussetzungen dieser Bestimmung.

17) A. M. Wulff III S. 101 Anm. 6.



Diese Frage ist für den dem § 11 des Hamburger Gesetzes als Vorbild dienenden § 1367 B.G.B. streitig. Die herrschende Meinung verneint sie auf Grund des Wortlautes des Paragraphen, Dernburg[18] bejaht sie. Die Dernburgschen Gründe sind sehr beachtenswert. Es hat namentlich den Anschein, daß die Reichstagskommission (Kommissionsbericht S. 136) bei der Hinzufügung der „Arbeitsgeräte" im § 1366, die sich im Entwurf nicht befanden, die Absicht gehabt hat, die Gerätschaften, mit denen die Frau einen selbständigen Erwerb suchen kann, zum selbständigen Eigentum der Frau zu machen. Danach können die aus den Motiven zum I. Entwurf des B.G.B. (IV S. 176) für die gegenteilige Ansicht angeführten Erwägungen nicht mehr entscheidend ins Gewicht fallen. Für die Auslegung des § 11 des Hamburger Güterstandsgesetzes ist aber von Bedeutung, daß die Bürgerschaft, auf deren Antrag die Bestimmung in das Gesetz hineingekommen ist, durch die Worte „nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes" zum Ausdruck gebracht hat, daß die Rechtsverhältnisse aus der Zeit des alten Rechts nach diesem beurteilt werden sollen. Dem würde es widersprechen, wenn man ein aus dieser Zeit stammendes Erwerbsgeschäft als solches vom 1. Januar 1900 ab als Vorbehaltsgut betrachten würde. Es würde den Gläubigern etwas entzogen werden, was der Hamburgische Gesetzgeber unter allen Umständen hat vermeiden wollen. In ganz einfachen Verhältnissen, z. B. beim Erwerb mittels einer Nähmaschine, liegt es wohl anders. Da wird man auch bei den aus der Zeit vor dem 1. Januar 1900 stammenden Geschäften den Begriff des „Arbeitsgerätes" annehmen dürfen.[19]

Nach dem 1. Januar 1900 darf eine Ehefrau ohne Zustimmung des Mannes keine zum Gesamtgut gehörigen Sachen für ihr Erwerbsgeschäft verwenden, so daß die Frage, ob die Sachen des Erwerbsgeschäfts als solche Vorbehaltsgut sind, ihre praktische Bedeutung darin hat, ob die bloße Zustimmung des Mannes zum Geschäftsbetriebe genügt oder ein Ehevertrag gemäß § 1440 B.G.B. erforderlich ist. Da man aber den § 11 nicht wohl verschieden für die Zeit vor und nach dem 1. Januar 1900 auslegen kann, so wird man den Abschluß eines förmlichen Ehevertrages fordern müssen, um eine wirksame Bestellung der Sachen als Vorbehaltsgut zu erlangen.

d) was die Frau als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Vorbehaltsgegenstandes,

---

18) Vgl. Dernburg IV S. 130 f. und in Deutsche Juristenztg. 1902 S. 465 f.; Planck IV S. 104.

19) So auch Wulff III S. 101 Anm. 1.

sowie was sie durch Anwachsen auf Grund eines zum Vorbehaltsgut gehörenden Rechts oder auf Grund eines Rechtsgeschäftes erwirbt, welches sich auf ihr Vorbehaltsgut bezieht (§§ 1440, 1370 B.G.B.). Dieses Surrogationsprinzip findet auf alle Arten von Vorbehaltsgut Anwendung, insbesondere auch auf das frühere Sondergut, welches nunmehr zum Vorbehaltsgut erklärt ist.[20] Doch ist Voraussetzung, daß der Akt, auf welchem die Surrogation beruht, nach dem Inkrafttreten des B.G.B. stattgefunden hat. Das alte Recht kannte ein solches Surrogationsprinzip nicht und ist deshalb nicht Vorbehaltsgut geworden, was etwa vor dem 1. Januar 1900 an die Stelle eines Sondergutgegenstandes getreten ist.

§ 116. Die Verwaltung des Gesamtguts während der Ehe.

I. Nach altem Recht hatte der Ehemann die ausschließliche und vollständig freie Verfügung und Verwaltung bez. des Samtguts. Er bedurfte der Einwilligung der Ehefrau zu keinem Akte der Verwaltung und Verfügung und konnte insbesondere über Immobilien und Rechte an Immobilien ganz frei verfügen.[1] Infolgedessen wurde dem Mann, wie oben[2] ausgeführt, von einer, namentlich durch Baumeister und die gerichtliche Praxis vertretenen Theorie das Alleineigentum am Samtgute zugeschrieben.

Der Ehemann vertrat allein vor Gericht das Samtgut aktiv und passiv. Wenn die Frau zur Vertretung des Gesamtguts zugelassen wurde, geschah dies in der Eigenschaft als Vertreterin des Mannes.[3] Sie konnte auch nach den Grundsätzen der nützlichen Verwendung für das Samtgut handeln. Der Mann hatte der Frau keine Rechenschaft über die Verwaltung des Samtguts abzulegen, Ersatzansprüche erwuchsen der

20) Die Bürgerschaft wollte das Surrogationsprinzip ursprünglich ausschließen hinsichtlich des Sonderguts, welches unter altem Recht durch Privatwillkür bestellt worden war, doch hat sie diesen Beschluß auf den Widerspruch des Senats (vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 919, 935) schließlich fallen lassen.

1) Nach dem Statut von 1270 bedurfte der Mann zur Verfügung über Immobilien und über die eheliche Errungenschaft der Zustimmung der Frau. Nach dem Statut von 1292 durfte der Mann bereits über Grundstücke der Frau allein verfügen, sofern er ein biederer Mann sei und des „behuf habe", d. h. ein Bedürfnis habe, in Not sei, oder, wie Baumeister (II S. 69 f.) übersetzt, „Nutzen davon habe" (vgl. Schröder, Geschichte des ehel. Güterrechts II S. 238; Cropp in Heise u. Cropp II S. 472 ff.). Seitdem verfügt der Mann frei über das ganze Samtgut.

2) Vgl. S. 631.

3) Vgl. Beibl. 1891 Nr. 51; dagegen Beibl. 1895 Nr. 120.



Frau aus schlechter Verwaltung nicht. Die Frau hatte nur das Recht, ihren Mann wegen Verschwendung entmündigen zu lassen, oder, falls der Mann bei dem Eheabschluß schon überschuldet war und innerhalb fünf Jahre nach dem Abschluß der Ehe in Konkurs geriet, ihr Eingebrachtes zurückzunehmen. Vgl. über letzteres S. 666.

II. Nach dem neuen Recht hat der Mann ebenfalls die Verwaltung und Verfügung bez. des Gesamtguts (§ 1443 B.G.B.). Er vertritt auch das Gesamtgut, aber nicht seine Ehefrau. Daher verpflichtet er durch seine Handlungen grundsätzlich die Frau nicht.

1. In gewissen Fällen, z. B. bei Verfügungen über das Gesamtgut im ganzen, über Gesamtgutsgrundstücke und bei Schenkungen aus dem Gesamtgut (§§ 1444—1446 B.G.B.) ist der Mann gehalten, vorher die Einwilligung der Frau einzuholen; auch kann die Zustimmung der Frau unter Umständen vom Richter ersetzt werden.

Diese Beschränkungen der Rechte des Mannes bei der Verwaltung des Gesamtguts kommen für die alten Hamburgischen Ehen in Wegfall (§ 2 Güterstandsges.). Der Mann hat also wie nach früherem Recht die freie, unumschränkte Verwaltung und Verfügung bez. des Gesamtguts und aller dazu gehörigen Gegenstände. Steht er unter Vormundschaft, so hat der Vormund für ihn die Verwaltung zu führen (§ 1457 B.G.B.).

2. Der Mann führt die Rechtsstreitigkeiten, die sich auf das Gesamtgut beziehen, im eigenen Namen (§ 1443 B.G.B.).

3. In gewissen Fällen kann auch die Frau Rechtshandlungen bez. des Gesamtguts vornehmen.

a) Mit Zustimmung des Mannes kann sie Verwaltungshandlungen vornehmen oder Rechtsstreitigkeiten für das Gesamtgut führen. Sie kann dann als Vertreterin ihres Mannes, aber auch im eigenen Namen handeln. Letzteres ergibt sich aus dem Wesen des Gesamteigentums. Ob Vertretung oder selbständiges Auftreten vorliegt, ist nach Lage des einzelnen Falles, insbesondere der Art und Weise der Erklärung des Mannes, zu entscheiden.[4]

b) Bei Krankheit[5] oder Abwesenheit des Mannes kann die Frau, wenn Gefahr im Verzuge liegt, für das Gesamtgut ein Rechtsgeschäft vornehmen oder einen Rechtsstreit für dasselbe führen.

4) Vgl. hierzu Beibl. 1902 Nr. 80, auch Beibl. 1900 Nr. 128, 141. A. M. Gaupp-Stein, Komm. zur Z.P.O. I zu § 52 S. 151 Nr. 2.
5) Vgl. Seuff. Arch. 58 S. 155.

Hier kann die Frau entscheiden, ob sie im eigenen Namen oder im Namen des Mannes handelt, während im Falle a dies aus dem Willen des Mannes zu entnehmen ist (§ 1450 B.G.B.).

c) Ist zur ordnungsmäßigen Besorgung der persönlichen Angelegenheiten der Frau ein Rechtsgeschäft erforderlich, das die Frau mit Wirkung für das Gesamtgut nicht ohne Zustimmung des Mannes vornehmen kann, so kann die Zustimmung auf Antrag der Frau durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn der Mann sie ohne ausreichenden Grund verweigert (§ 1451 B.G.B.).

d) Ist die Frau Vormund ihres Mannes, so hat sie die Verwaltung des Gesamtguts zu führen (§ 1457 Satz 2).

4. Der Mann ist der Frau für die Verwaltung des Gesamtguts nicht verantwortlich (§ 1456 B.G.B.). Er haftet auch nicht für fahrlässige oder vorsätzliche Schädigungen des Gesamtguts, es sei denn, daß er das Gesamtgut in der Absicht vermindert hat, die Frau zu benachteiligen.[6]

Die zweite Voraussetzung der Haftpflicht des Mannes in § 1456 Satz 2 B.G.B., daß nämlich der Mann die Schädigung des Gesamtguts durch ein Rechtsgeschäft herbeigeführt hat, welches er ohne die erforderliche Zustimmung der Frau vorgenommen hat, kommt für die alten Ehen nicht zur Anwendung (§ 2 Güterstandsges.).

III. Für den Übergang gilt der Grundsatz, daß die Gültigkeit der vor dem 1. Januar 1900 vorgenommenen Verwaltungshandlungen sich lediglich nach altem Recht entscheidet. Dies hat für den Mann keine Bedeutung, da er nach neuem Recht ebenso unbeschränkter Verwalter des Gesamtguts ist wie nach altem Recht. Dagegen gewährt das neue Recht der Frau eine weitergehende Befugnis der Verwaltung als das frühere Recht. Die Wirksamkeit einer unter altem Recht erfolgten Rechtshandlung gegenüber dem Samtgut bemißt sich aber nach altem Recht.

§ 117. Die Gesamtgutsverbindlichkeiten.

I. Gesamtgutsverbindlichkeiten sind solche Verbindlichkeiten, deren Gläubiger Befriedigung aus dem Gesamtgute[1] verlangen können. Für das alte Recht gelten in dieser Beziehung folgende Regeln:

---

6) Über die Geltendmachung des sich hieraus ergebenden Ersatzanspruchs und die Überleitung s. § 120.

1) Auch wenn das Gesamtgut überschuldet ist, besteht es als solches und können die Gläubiger gegen dasselbe vorgehen (Beibl. 1906 Nr. 168).



1. Auf dem Samtgute lasten:

a) die vorehelichen Schulden des Mannes. Nach Art. 10 Stat. II 5 haftete das von der Frau eingebrachte Gut der Frau nicht für diese Schulden. Doch wurde diese Haftung durch Art. 30 der Neuen Fallitenordnung und §§ 1, 2 des A.G. z. K.O. vom 25. Juli 1879 eingeführt;[2]

b) die vorehelichen Schulden der Frau. Eine von Cropp[3] vertretene Ansicht wollte das Samtgut nur bis zum Werte des Frauenguts für die vorehelichen Schulden der Frau haften lassen. Nach der herrschenden Ansicht, welche auch Baumeister vertrat, haftete indessen das Samtgut für diese Schulden unbeschränkt;[4]

c) alle während der Ehe von dem Manne kontrahierten oder in seiner Person entstandenen Schulden;

d) Delikts-, Prozeßkosten- und Zustandsschulden der Frau, darunter auch Alimentationsverbindlichkeiten;[5]

e) Schulden, welche die Frau innerhalb ihrer Schlüsselgewalt, als Handels- oder Gewerbefrau, mit Genehmigung des Mannes und kraft nützlicher Verwendung für das Samtgut kontrahierte.[6]

2. Für die Samtgutsschulden haftete das Samtgut, aber auch der Mann, was an sich keine Bedeutung hatte, da der Mann ein Sondergut nach altem Recht nicht haben konnte.

3. Fraglich ist, inwieweit neben dem Samtgut auch die Frau persönlich haftete. Bei den vorehelichen Schulden des Mannes und den von demselben während der Ehe kontrahierten Schulden scheidet die persönliche Haftung der Frau aus.[7] Ebenso steht sie auf der andern Seite fest bei den vorehelichen Schulden der Frau und den in ihrer Person entstandenen Delikts- und Zustandsschulden. Für die Schulden, die sie als Handels- und Gewerbefrau kontrahiert hat, haftet die Frau neben dem Samtgut persönlich, bei Schulden innerhalb der Schlüsselgewalt, solchen, die sie mit Genehmigung des Mannes gemacht

2) Vgl. Baumeister II S. 76 ff.; Niemeyer S. 327; Wulff 1. Aufl. II S. 339 Anm. 1.

3) Vgl. Heise u. Cropp II S. 489.

4) Vgl. Baumeister II S. 89 f.; Niemeyer S. 328; Beibl. 1891 Nr. 153. Ersterer weist auf das Rechtssprüchwort hin: Qui épouse la femme, épouse les dettes.

5) Baumeister (II S. 87) bezeichnet diese Haftung, welche zu seiner Theorie vom Alleineigentum des Mannes am Samtgut nicht paßt, als eine „prinziplose Singularität". Vgl. ferner Niemeyer S. 330; Beibl. 1887 Nr. 137, 138; 1892 Nr. 19; 1894 Nr. 37; 1903 Nr. 37.

6) Vgl. Baumeister II S. 85 f.; Niemeyer S. 336.

7) Vgl. Beibl. 1889 Nr. 105; 1904 Nr. 9.

hat, und die unter den Gesichtspunkt der nützlichen Verwendung fallen, kommt es darauf an, ob die Frau dem Dritten gegenüber im eigenen oder im Namen des Mannes als Herrn des Samtguts gehandelt hat. Ist ersteres der Fall, so haftet sie persönlich, andernfalls haftet, soweit die Frau sich innerhalb der Grenzen ihrer Befugnisse gehalten hat, lediglich das Samtgut. Bei diesen Schulden wird die letztere Alternative die Regel bilden.[8]

4. Die Zwangsvollstreckung in das Samtgut erfolgte auf Grund eines gegen den Mann ergangenen vollstreckbaren Titels. Auf Grund eines Urteils gegen den Mann konnte aber nicht gegen das Gut der Frau vorgegangen werden, wenn dieselbe mit ihrem Mann in getrennten Gütern lebte. Der Grundsatz des Hamburgischen Rechts, daß das Frauengut den Dritten immer haftet, konnte im Gebiet der Reichszivilprozeß- und Konkursordnung keine Anwendung finden.[9] Auf Grund eines gegen die Frau ergangenen Urteils konnte nur in ihr etwaiges Sondergut vorgegangen werden.

II. Im neuen Recht sind eingehende Vorschriften über die Gesamtgutsverbindlichkeiten enthalten.

1. Es gehören zu diesen Verbindlichkeiten:[10]

a) die vorehelichen Schulden beider Ehegatten;

b) die Schulden, welche der Mann während der Gütergemeinschaft macht;

c) die Schulden, welche die Frau während der Gütergemeinschaft macht, abgesehen von denjenigen Verbindlichkeiten, welche die Frau nach dem Eintritte der Gütergemeinschaft ohne die erforderliche Zustimmung des Mannes eingeht und denjenigen, welche sich auf ihr Vorbehaltsgut beziehen (§ 1459 B.G.B.). Danach fallen dem Gesamtgut u. a. zur Last diejenigen Schulden, welche die Frau innerhalb ihrer Schlüsselgewalt, die sie mit Zustimmung oder bei Krankheit und Abwesenheit des Mannes macht und welche sie durch unerlaubte Handlungen verursacht.

Ausdrücklich ist bestimmt, daß das Gesamtgut haftet für die Kosten eines Rechtsstreits der Frau[11] (§ 1460 Abs. 2 B.G.B.), für Verbindlich-

8) Vgl. über diese vielfach bestrittenen Sätze Niemeyer §§ 144 bis 146.

9) Vgl. Urt. des R.G. v. 5. März 1900 in Beibl. 1900 Nr. 66.

10) Vgl. hierzu Dernburg IV S. 190 f.

11) Hieraus wird abgeleitet, daß die Frau im Scheidungsprozesse einen Anspruch auf einen aus dem Gesamtgut zu gewährenden Kostenvorschuß hat, der dem Mann durch einstweilige Verfügung auferlegt werden kann (vgl.



keiten, die sich auf ein Erwerbsgeschäft beziehen, das die Frau mit Einwilligung des Mannes selbständig betreibt (§ 1462 B.G.B.), sowie für die der Frau obliegenden gesetzlichen Unterhalts- und Aussteuerpflichten (§§ 1604 Abs. 2, 1620 Abs. 2 B.G.B.).

Sodann fallen dem Gesamtgut zur Last die Verpflichtungen, die sich auf das Sondergut eines Ehegatten beziehen (§§ 1439, 1529 B.G.B.), abgesehen von den Verbindlichkeiten aus dem Erwerbe einer zum Sondergut gehörenden Erbschaft oder eines Vermächtnisses sowie aus einem zum Sondergut gehörenden Rechte oder dem Besitz einer dazu gehörenden Sache. Dagegen sind die Verbindlichkeiten, die das Vorbehaltsgut betreffen, regelmäßig keine Gesamtgutsverbindlichkeiten (§§ 1461, 1462 B.G.B.).[12]

Der eheliche Aufwand fällt ebenfalls dem Gesamtgut zur Last.

2. Der Mann haftet persönlich für die Gesamtgutsverbindlichkeiten, und zwar auch für die Verbindlichkeiten der Frau, welche Gesamtgutsverbindlichkeiten sind. Jedoch erlischt die Haftung mit der Beendigung der Gütergemeinschaft, wenn die Verbindlichkeiten im Verhältnisse der Ehegatten zueinander nicht dem Gesamtgute zur Last fallen (§ 1459 Abs. 2 B.G.B.).[13]

3. Die Frau haftet persönlich nur für die in ihrer Person entstandenen Verbindlichkeiten, aber nicht, wenn sie innerhalb der Schlüsselgewalt gehandelt oder an Stelle des Mannes eine gültige Verwaltungshandlung für das Gesamtgut vorgenommen hat. Dann haftet nur das Gesamtgut.

Für die in der Person ihres Mannes entstandenen Gesamtgutsverbindlichkeiten haftet die Frau nicht. Nur wenn bei der Auseinandersetzung eine Gesamtgutsverbindlichkeit nicht vor der Teilung des Gesamtguts berichtigt wird, haftet auch die Frau für die noch bestehenden, vom Manne ein-

---

Entsch. des R.G. 46 S. 354). Dem ist aber entgegenzuhalten, daß im Verhältnis der Eheleute untereinander die Prozeßkosten, solange nicht der Mann zu ihrer Tragung rechtskräftig verurteilt ist, Schulden der Frau sind (§ 1464 Abs. 1 B.G.B.). Vgl. hierüber die beachtenswerten Ausführungen von Dr. Schaefer in Beibl. 1900 Nr. 31: Kann in Ehesachen dem Manne durch einstweilige Verfügung die Zahlung eines Kostenvorschusses an oder für die Frau auferlegt werden?

12) Vgl. hierzu Planck IV § 1439 Anm. 2 e bez. des Sonderguts.

13) Sie erlischt auch, wenn die Ehe durch den Tod der Frau aufgelöst wird und fortgesetzte Gütergemeinschaft eintritt.

gegangenen Gesamtgutsverpflichtungen. Doch beschränkt sich ihre Haftung auf die ihr zugeteilten Gegenstände (§ 1480 B.G.B.).

4. Hat ein Gesamtgutsgläubiger ein Urteil in einem Prozeß gegen die Frau erwirkt, den die Frau mit Zustimmung des Mannes geführt hat, so wirkt die Rechtskraft des Urteils auch gegen den Mann. Ist der Prozeß nicht mit Zustimmung des Mannes geführt, so wirkt er nicht gegen ihn.[14]

5. Zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut ist ein gegen den Mann ergangenes Urteil erforderlich und genügend (§ 740 Z.P.O.). Doch kann auf Grund eines solchen Urteils nicht auch die Zwangsvollstreckung in Sachen betrieben werden, welche sich im Gewahrsam der Frau befinden.[15] Auf Grund eines Urteils gegen die Frau können Gegenstände des Gesamtguts selbst dann nicht gepfändet werden, wenn sie sich im Gewahrsam der Frau befinden.[16]

Wenn die Frau ein Erwerbsgeschäft betreibt, so ist zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut ein gegen die Frau ergangenes Urteil genügend, falls nicht der Mann rechtzeitig einen Einspruch gegen den Betrieb des Geschäfts im Güterrechtsregister hat eintragen lassen (§ 741 Z.P.O.). Doch kann nach § 774 Z.P.O. der Ehemann die Interventionsklage erheben, wenn das gegen die Frau ergangene Urteil in Ansehung des Gesamtguts gegen ihn unwirksam ist.

III. Der Übergang aus dem alten zum neuen Recht ist nicht schwierig, da im großen und ganzen die Gesamtgutsverbindlichkeiten des alten und neuen Rechts miteinander übereinstimmen. Insbesondere kann der Mann nach altem und neuem Recht das Gesamtgut in gleicher Weise belasten.

Die Samtgutsverpflichtungen, welche am 1. Januar 1900 vorhanden waren, sind Gesamtgutsverbindlichkeiten des neuen Rechts geworden. Schulden, welche nach neuem Recht begründet werden, unterliegen dessen Vorschriften. Sie werden also nur dann Gesamtgutsverbindlichkeiten, wenn ihnen dies nach neuem Recht zukommt. Dies hat Bedeutung für die Frau, da ihre Befugnis, das Gesamtgut zu belasten, heute etwas weiter geht als früher. So kann die Frau heute bei Krankheit und

14) Vgl. Entsch. des Reichsger. 56 S. 77.
15) So Planck, Deutsche Juristenztg. 1900 S. 77 u. 246; Beibl. 1902 Nr. 116. Dagegen Falckmann, an ersterer Stelle S. 175 u. 356. — Der ersteren Ansicht folgt auch die Hamb. Geschäftsanw. für das Gerichtsvollzieheramt v. 1. Jan. 1900 §§ 47, 48 (Wulff III S. 424).
16) Vgl. Beibl. 1904 Nr. 97.



Abwesenheit ihres Mannes das Gesamtgut verpflichten und Rechtsstreitigkeiten für dasselbe führen.

IV. Ein besonderer Konkurs über das Gesamtgut fand weder nach früherem, noch findet er nach heutigem Recht statt. Nach § 1 der alten, § 2 der neuen Konkursordnung gehört das Gesamtgut zur Konkursmasse, wenn über das Vermögen des Mannes der Konkurs eröffnet wird. Wird über das Vermögen der Frau der Konkurs eröffnet, so berührt dies das Gesamtgut nicht (§ 2 Abs. 2 K.O.). Auch hierin stimmen altes und neues Recht überein.

Über die aus altem Recht sich ergebenden Befugnisse der Frau im Falle des Konkurses über das Vermögen des Mannes vgl. § 12 Güterstandsges. und S. 665 f. und 668.

§ 118. Die Verwaltung und Haftung der Einhandsgüter.

I. Das Sondergut des neuen Rechts.

1. Über die Verwaltung und Haftung derjenigen Güter der Frau, welche nach heutigem Recht als Sondergüter anzusehen sind, z. B. Fideikommißgüter, unübertragbare Forderungen, sind im früheren Rechte besondere Vorschriften nicht aufgestellt worden. Danach unterlag die Verwaltung auch dieser Güter dem Manne als dem Herrn der Ehe und flossen die Nutzungen dem Samtgute zu. Der Substanz nach blieben derartige Güter indessen von dem Samtgute getrennt und konnten die Gläubiger wegen Forderungen gegen das Samtgut nicht in diese Güter die Zwangsvollstreckung ausüben. Sie konnten höchstens Rechte (z. B. verletzte Pflichtteilsrechte) der Frau auf Beseitigung der Unveräußerlichkeit geltend machen.[1]

2. Nach dem neuen Recht kommen auf das Sondergut die bei der Errungenschaftsgemeinschaft für das eingebrachte Gut geltenden Vorschriften zur Anwendung (§ 1439 B.G.B.).

a) Die Verwaltung der Sondergüter, mögen sie dem Manne oder der Frau gehören, steht dem Manne zu. Die Frau hat kein Recht der Mitwirkung an der Verwaltung.

b) Die Nutzungen der Sondergüter fließen dem Gesamtgute zu.

c) Das Surrogationsprinzip greift hier nicht Platz. Wird ein Sondergutsgegenstand zerstört, so wird der an seine Stelle tretende Gegenstand nicht Sondergut, es sei denn, daß er an sich ebenfalls unübertragbar ist.

1) Vgl. Niemeyer S. 322.

d) Nach §§ 1439, 1525, 1375 B.G.B. kann der Mann über das Sondergut der Frau nur ausnahmsweise ohne ihre Zustimmung verfügen. Derartige Verfügungen sind hier nur selten, da es sich um an sich unübertragbare Gegenstände handelt; doch kann z. B. der Verzicht auf einen Nießbrauch [2] in Frage kommen. Der Mann kann diese Verfügung auch nach Hamburgischem Recht ohne Zustimmung der Frau nicht vornehmen, da § 2 Güterstandsges. sich nur auf Verfügungen über Gesamtgutsgegenstände bezieht und insofern die alten Befugnisse des Mannes aufrechterhalten will.[3] Auf das Sondergut bezieht er sich nicht. Der Mann bedarf also der Zustimmung der Frau, wenn er über Sondergut außerhalb der Zwecke ordnungsmäßiger Verwaltung verfügen will, soweit eine solche Verfügung nicht überhaupt ausgeschlossen ist.

e) Das Sondergut haftet für die persönlichen Schulden des betreffenden Ehegatten. Inwieweit die Substanz des beiderseitigen Sonderguts von den Gläubigern in Anspruch genommen werden kann, richtet sich nach den Vorschriften, durch welche die Übertragbarkeit des Gegenstandes verboten wird. In der Regel ist eine solche Inanspruchnahme ausgeschlossen.

II. Das Vorbehaltsgut der Frau.

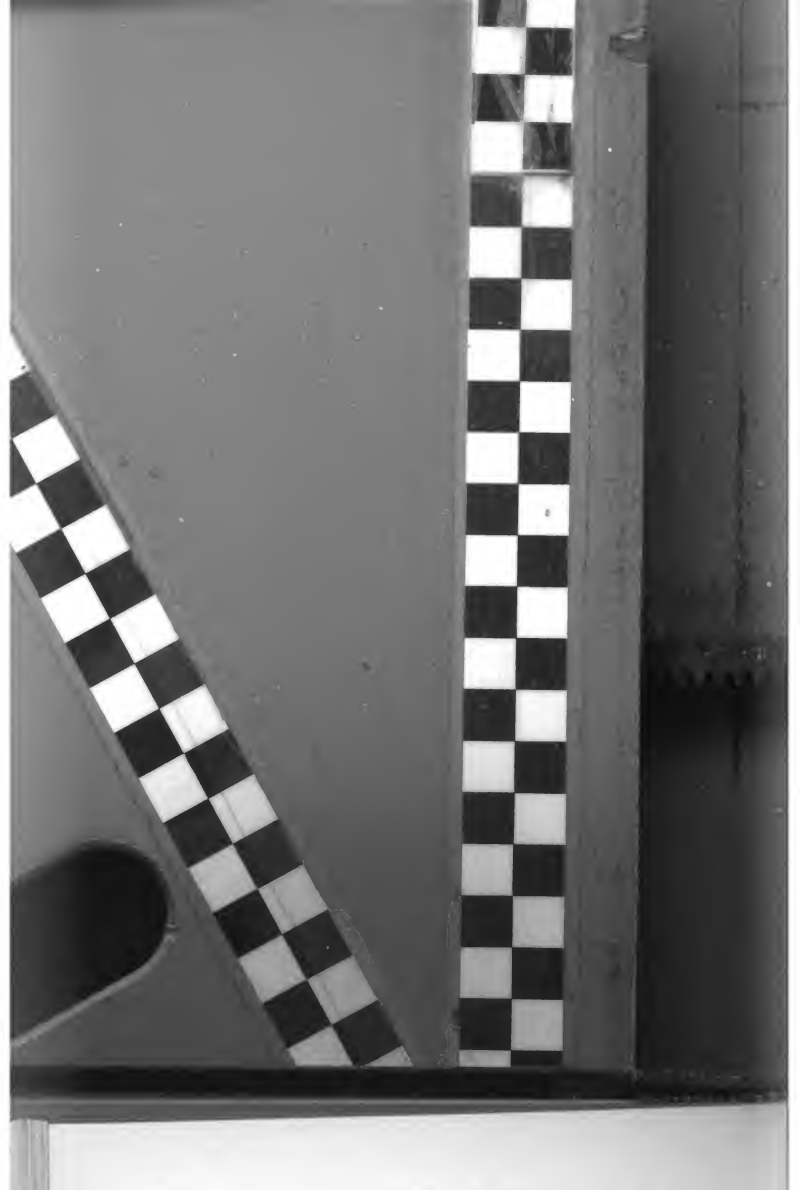
Da das Vorbehaltsgut der Frau von weit größerer Bedeutung als dasjenige des Mannes ist, wird zunächst ersteres allein behandelt werden.

1. Im alten Recht mußte das Sondergut der Frau, soweit es überhaupt zugelassen war, streng von dem Samtgute getrennt gehalten werden.

a) Die Frau, welche allein ein Sondergut haben konnte, hatte die Verwaltung, Vertretung und Verfügung über ihr Sondergut. Auch vor Gericht vertrat sie das Sondergut.[4]

b) Sehr bestritten war im alten Recht die Frage, inwieweit Zinsen und Einkünfte dem Samtgut zuflossen oder das Sondergut vermehrten. Es ist namentlich dadurch eine große Verwirrung der Ansichten entstanden, daß nicht unterschieden worden ist zwischen der Frage, ob die Zinsen in das Samtgut fallen und, ob die Frau verpflichtet ist, einen Beitrag aus den Zinsen zu den ehelichen Lasten beizusteuern. Die gerichtliche Praxis scheint im ganzen auf dem

2) Vgl. Planck, IV § 1439 Anm. 2 a.
3) Das ergibt sich aus der Begründung (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 77) klar.
4) Vgl. Beibl. 1900 Nr. 128, 141; 1898 Nr. 162; Baumeister II S. 98.



Standpunkte gestanden zu haben, daß die Einkünfte des Sonderguts an sich wieder Sondergut werden, aber, falls die Eheleute zusammenleben, zu den Kosten des ehelichen Aufwands beizutragen haben.[5]

c) Das Sondergut der Frau haftete für ihre persönlichen Schulden.

d) Die Frau konnte auch von Todes wegen frei über ihr Sondergut verfügen. Sie brauchte insbesondere auch eine statutarische Portion ihrem Manne nicht zu hinterlassen. Unterblieb eine solche Verfügung und hatte auch der Dritte, welcher der Frau das Sondergut zugewandt hatte, eine Bestimmung nicht getroffen, so fiel nach der herrschenden Ansicht das Sondergut mit dem Samtgut zusammen.[6]

2. Für das neue Recht ist hinsichtlich des Vorbehaltsguts der Frau maßgebend § 13 des Güterstandsges., welcher den ersten Satz von § 1441 B.G.B. wiederholt. Danach finden auf das Vorbehaltsgut der Frau die bei der Gütertrennung für das Vermögen der Frau geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

a) Die Frau hat die freie Verwaltung, Vertretung und Verfügung über ihr Vorbehaltsgut. Sie kann darauf bezügliche Verbindlichkeiten eingehen und Rechtsstreitigkeiten über dasselbe führen, als wenn sie unverheiratet wäre.

b) Die Einkünfte des Vorbehaltsguts fallen in dasselbe.

c) Den ehelichen Aufwand hat der Mann zu tragen, doch hat die Frau einen angemessenen Beitrag aus den Einkünften ihres Vermögens und dem Ertrag ihrer Arbeit oder eines von ihr selbständig betriebenen Erwerbsgeschäftes zu leisten (§ 1427 B.G.B.). Für die Gütergemeinschaft des B.G.B. ist diese Beitragspflicht durch § 1441 Satz 2 insofern eingeschränkt, als die Frau einen Beitrag nur zu leisten hat, wenn die in das Gesamtgut fallenden Einkünfte zur Bestreitung des Aufwandes nicht ausreichen. Diesen Satz wiederholt das Güterstandsgesetz nicht ausdrücklich. Es ergibt sich aber aus dem Wesen der Gütergemeinschaft, daß diese Einschränkung der Beitragspflicht der Frau auch in Hamburg für die alten Ehen gilt.[7]

5) Vgl. Cropp bei Heise und Cropp II S. 498; Baumeister II S. 98, 104; Niemeyer S. 321 ff.; Wulff 1. Aufl. II S. 265 Anm. 3; Beibl. 1886 Nr. 128; 1887 Nr. 67; 1894 Nr. 26.

6) Vgl. Baumeister II S. 101, 105; Niemeyer S. 324 f.; Cropp in Heise u. Cropp II S. 498; Beibl. 1899 Nr. 152.

7) Im ursprünglichen Entwurf (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 68 § 10) war der ganze § 1441 B.G.B. auf das Vorbehaltsgut der Frau allgemein für anwendbar erklärt worden. Die Bürgerschaft hat eine Änderung des

d) Überläßt die Frau ihr Vorbehaltsgut der Verwaltung des Mannes, so kann der Mann die Einkünfte nach freiem Ermessen verwenden, soweit sie nicht für die ordnungsmäßige Verwaltung erforderlich sind (§ 1430).

e) Das Vorbehaltsgut der Frau haftet bloß für die persönlichen Schulden der Frau.

f) Letztwillige Verfügungen kann die Frau über ihr Vorbehaltsgut treffen; sie ist darin nur beschränkt durch die Pflichtteilsrechte.

g) Nach der Auflösung der Ehe bleibt das Vorbehaltsgut von dem Gesamtgut getrennt und ist auch während der fortgesetzten Gütergemeinschaft von demselben ausgeschlossen.

3. Wesentliche Unterschiede zwischen dem alten und neuen Recht finden sich auf dem Gebiet der Wirksamkeit des Vorbehaltsguts gegen Dritte.

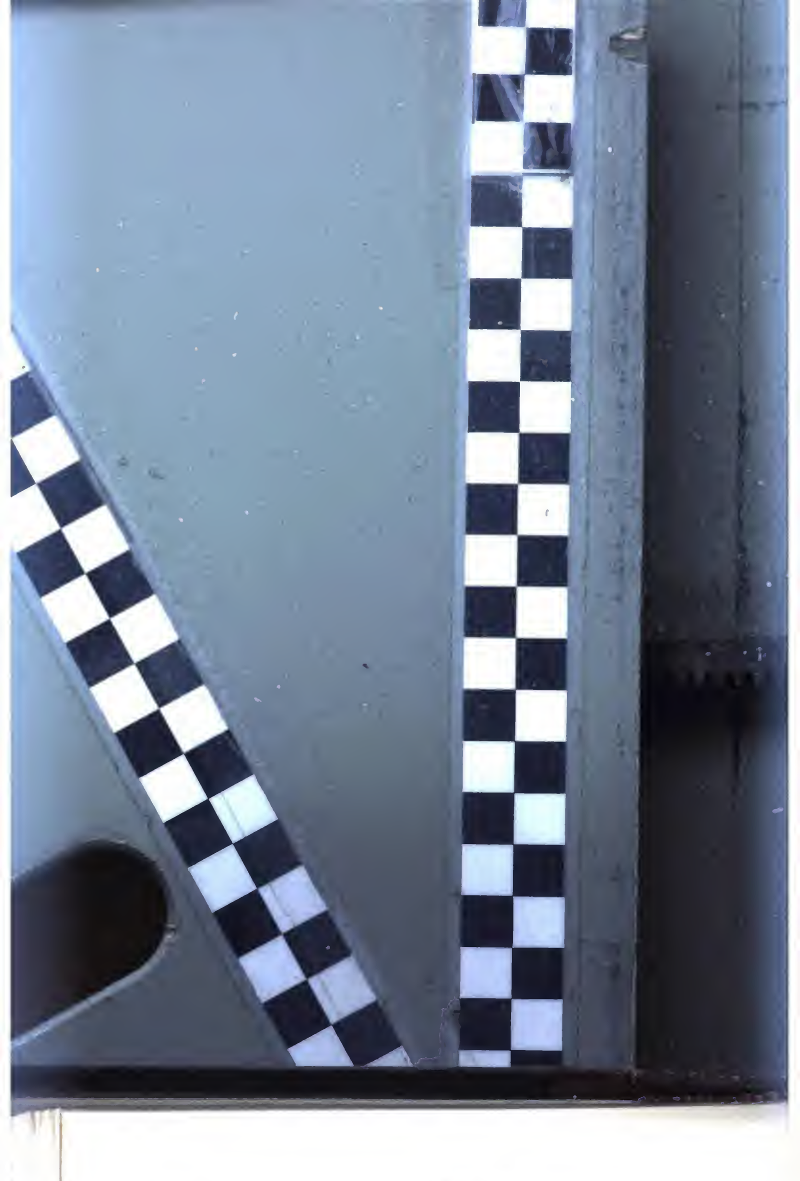
a) Wie schon ausgeführt, konnte nach altem Recht ein Sondergut mit Wirksamkeit gegen Dritte durch Ehevertrag überhaupt nicht bestellt werden und bedurfte das von Dritten bestellte Sondergut zur Wirksamkeit einer gewissen Publizität (s. oben § 115 III). Das gesetzliche Sondergut bedurfte keiner besonderen Publizität.

b) Nach dem neuen Recht wird das Vorbehaltsgut der Frau, welches durch Ehevertrag vor oder nach dem 1. Januar 1900 bestellt wird, Dritten gegenüber erst wirksam mit der Eintragung im Güterrechtsregister (§ 13 Abs. 2 Güterstandsges.). Das andere Vorbehaltsgut steht dagegen hinsichtlich der Eintragung unter der Regel des § 1435 (§ 13 Abs. 1 Güterstandsges., §§ 1441, 1431 B.G.B.). Es können also im Falle der Nichteintragung aus der gesetzlichen Vorbehaltsgutseigenschaft einem Dritten Einwendungen gegen ein zwischen ihm und einem der Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft oder gegen ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urteil auch dann hergeleitet werden, wenn die Eigenschaft des Vorbehaltsguts dem Dritten bekannt war.[8]

c) Für die Überleitung ergibt sich, daß eine Wirksamkeit des bei dem Inkrafttreten des B.G.B. vorhandenen und sich dann in Vor-

Paragraphen vorgenommen, doch ist nicht ersichtlich, daß sie die Beitragspflicht der Frau weiter hat bemessen wollen als das B.G.B.

8) Über den Unterschied zwischen der Vorschrift des § 1435 B.G.B. und den Vorschriften des Güterstandsges. über die Folgen der Nichteintragung im Güterrechtsregister s. § 114 IV.



behaltsgut verwandelnden Sonderguts der Frau Dritten gegenüber — teils absolut, teils gemäß § 1435 B.G.B. — erst eintritt mit der Eintragung in das Güterrechtsregister.

Im einzelnen ist zu unterscheiden zwischen den alten und neuen Gläubigern und zwischen dem übergeleiteten und dem nach dem neuen Recht entstehenden Sondergut.

α) Die alten Gläubiger des Samtguts können sich nach dem 1. Januar 1900 nicht an das übergeleitete Sondergut halten, auch wenn dasselbe noch nicht im Güterrechtsregister eingetragen ist. Dies bestimmt § 9 Abs. 2 Güterstandsges. zwar nur für dasjenige Sondergut, welches der Frau von einem Dritten zugewandt worden ist, doch muß es auch auf das alte gesetzliche Sondergut Anwendung finden. Das neue Recht will die alten Befugnisse der Gläubiger erhalten, aber nicht erweitern.

Die Haftung des übergeleiteten Vorbehaltsguts richtet sich für die alten Gläubiger grundsätzlich auch nach dem 1. Januar 1900 nach dem alten Recht. Hat dasselbe vor diesem Zeitpunkt den Bestimmungen des früheren Rechts über die Sondergutseigenschaft nicht entsprochen, so bleibt es ihnen verhaftet, auch wenn es im Güterrechtsregister eingetragen wird (§ 9 Abs. 2 Güterstandsges.).

β) Dies bezieht sich auch auf die Schaffung von Vorbehaltsgut unter neuem Recht, sei es durch Gesetz oder Vertrag. Was am 1. Januar 1900 im Samtgut vorhanden war, bleibt den alten Gläubigern stets verhaftet. Bez. der neu hinzutretenden Gegenstände richten sich die Folgen der Nichteintragung nach §§ 13 Güterstandsges., 1435 B.G.B.

γ) Für die neuen Gläubiger des Gesamtguts hängt die Wirksamkeit der Vorbehaltsgutseigenschaft allein davon ab, ob zur Zeit der Entstehung ihrer Forderung die Eintragung im Güterrechtsregister bereits erfolgt war. Sie können sich daher auch an das übergeleitete gesetzliche Vorbehaltsgut der Frau halten, wenn dasselbe zur Zeit der Entstehung ihrer Forderung noch nicht eingetragen war.

d) Alles Vorbehaltsgut bedarf der Eintragung, um Dritten gegenüber wirksam zu werden. Aus dieser Eintragung muß für den Dritten klar erkennbar sein, was Vorbehaltsgut werden soll.

α) Liegt ein Ehevertrag oder Testament vor, und enthält diese

Urkunde eine genügende Bezeichnung der betr. Gegenstände, so wird die Urkunde am zweckmäßigsten zu den Akten genommen werden.

β) Bildet das Vorbehaltsgut einen bestimmten Komplex von Sachen, z. B. ein Geschäft, so wird es genügen, dies ganz allgemein im Register anzugeben.

γ) Auch bei den zum persönlichen Gebrauch der Frau dienenden Sachen wird man sich kurz fassen können, da die Frau die Präsumtion des § 1363 B.G.B. immer für sich hat.

δ) Zweifelhaft ist es dagegen, wie die durch Surrogation eintretenden Gegenstände (§ 1370) im Register kenntlich zu machen sind. Hier dürfte es darauf ankommen, ob die Tatsache, daß diese Sachen an die Stelle der alten getreten sind, z. B. Neubau eines Hauses, äußerlich unmittelbar wahrnehmbar sind oder nicht. Ersterenfalls hat die Eintragung zu erfolgen, letzterenfalls nicht.[9]

III. Über das Vorbehaltsgut des Mannes, welches nur unter neuem Recht möglich ist, sind irgendwelche Bestimmungen nicht getroffen. § 1441 B.G.B. und § 13 des Hamb. Güterstandsges. sprechen nur vom Vorbehaltsgut der Frau.

Es ist namentlich nirgends ausgesprochen, daß das Vorbehaltsgut des Mannes in das Güterrechtsregister eingetragen werden muß.[10] Von großer praktischer Bedeutung ist diese Frage nicht, da für die Schulden des Mannes sein Vorbehaltsgut stets haftet und der Ausschluß der Haftung des Vorbehaltsguts des Mannes für die Gläubiger nur in den Fällen Bedeutung hat, in denen die Frau wirksam über das Gesamtgut verfügen kann.

§ 119. Die Rechtsstellung der Frau.

I. Die Rechtsstellung der Frau ist heute auch in den alten Hamburgischen Ehen eine weit günstigere als früher.

1. Bis zum 1. Juli 1870 stand die Frau in Hamburg unter Geschlechtsvormundschaft. Durch Gesetz vom 3. Juni 1870[1]) wurde diese

---

9) Vgl. Planck IV § 1435 Anm. 5; Wulff III S. 103 Anm. 2. Götze in Hauptbl. 1902 Beil. 1: Die Eintragung von Vorbehaltsgut im Güterrechtsregister.

10) Insbesondere kommt hier auch nicht § 1435 Abs. 2 B.G.B. für das durch Ehevertrag bestellte Vorbehaltsgut des Mannes zur Anwendung. Denn der Güterstand der alten Hamburgischen Ehen beruht auf Gesetz und nicht auf einer im Güterrechtsregister eingetragenen Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse.

1) Vgl. Wulff 1. Aufl. II S. 327.



Vormundschaft aufgehoben und wurden die davon handelnden Vorschriften der früheren Gesetze außer Kraft gesetzt. Streitig wurde, ob sich diese Bestimmung auch auf die eheliche Vormundschaft bezog. Die Praxis hat angenommen, daß auch die verheiratete Frau seither an sich vollständig handlungs- und verpflichtungsfähig war. Nicht in der Geschäftsfähigkeit, sondern lediglich in der Verfügungsfähigkeit war sie insofern beschränkt, als sie über das Samtgut nur in gewissen Ausnahmefällen verfügen durfte.[2]

2. Demgemäß hat Art. 200 Abs. 3 E.G. z. B.G.B., welcher die etwaigen Beschränkungen der Ehefrauen hinsichtlich ihrer Geschäftsfähigkeit für die alten Ehen aufrechterhält, für Hamburg auch abgesehen davon keine Bedeutung, daß mit dem Inkrafttreten des B.G.B. auch in alten Ehen die Bestimmungen des B.G.B. über die Geschäftsfähigkeit der Ehefrau im Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft zur Anwendung kommen.

3. Nach diesen Bestimmungen ist die Frau vollkommen geschäftsfähig, wenn sie auch in ihrer Verfügungsmacht über die zum Gesamtgut gehörigen Sachen stark, nach dem neuen Hamburgischen Recht noch stärker als nach dem Recht des B.G.B. über die allgemeine Gütergemeinschaft, beschränkt ist.

Die Frau kann sich vermögensrechtlich vollständig frei binden, dagegen kann sie den Mann grundsätzlich nur binden, wenn er zustimmt. Einzelne Ausnahmen hiervon sind oben dargelegt. In gewissen Fällen kann die Frau das Gesamtgut selbständig verpflichten, z. B. im Bereich ihrer Schlüsselgewalt, bei Krankheit und Abwesenheit des Mannes (siehe § 117 II).

II. Die Frau kann weiter über das Gesamtgut ohne Zustimmung des Mannes unter folgenden Umständen verfügen:

1. Sie bedarf zur Annahme oder Ausschlagung einer ihr angefallenen Erbschaft oder eines Vermächtnisses, zur Ablehnung eines ihr gemachten Vertragsantrags oder einer Schenkung, sowie zur Errichtung eines Inventars über eine Erbschaft nicht der Zustimmung des Mannes (§ 1453 B.G.B.). Dies betrifft auch diejenigen

2) So das O.L.G. in Beibl. 1886 Nr. 123; 1884 Nr. 106; 1887 Nr. 6; 1891 Nr. 51; 1893 Nr. 136; 1904 Nr. 9; Niemeyer S. 334; Wulff 1. Aufl. II S. 328 Anm. 3. A. M. Goldfeld, Über das Hamb. ehel. Güterrecht S. 41, 116.

Fälle, in denen die Erbschaft usw. nicht in das Vorbehaltsgut der Frau, sondern in das Gesamtgut fällt. Von Bedeutung ist diese Befugnis der Frau insbesondere auch deshalb, weil die aus der Annahme einer Erbschaft oder der Ablehnung eines Vertragsantrags oder einer Schenkung entstehenden Verbindlichkeiten Gesamtgutsverbindlichkeiten werden (§ 1460 B.G.B.).

2. Eine solche Befugnis der Frau war dem alten Rechte fremd. Die Frau konnte lediglich solche Erbschaften und Vermächtnisse annehmen, welche in ihr Sondergut fielen. Im übrigen hatte der Mann über die Annahme und Ausschlagung von Erbschaften und Schenkungen zu entscheiden, die Frau konnte höchstens mit Zustimmung ihres Mannes handeln. Handelte sie ohne diese Zustimmung, so entstand eine rechtliche Wirkung überhaupt nicht.

3. Da durch das Hamburgische Güterstandsgesetz § 1453 B.G.B. für die alten Ehen nicht beseitigt worden ist, so ergibt sich, daß seit dem 1. Januar 1900 die Frau selbständig die dort erwähnten Rechtshandlungen vornehmen kann. Entscheidend ist der Zeitpunkt des Anfalls der Erbschaft oder des Vermächtnisses. Ist dieser Anfall unter dem alten Recht erfolgt, so richtet sich die Befugnis zur Annahme nach dem alten, sonst nach dem neuen Recht.

III. Die Bestimmung des § 1454 B.G.B., nach welcher die Frau zur Fortsetzung eines bei dem Eintritte der Gütergemeinschaft anhängigen Rechtsstreits der Zustimmung des Mannes nicht bedarf, ist für Hamburg ohne praktische Erheblichkeit, weil die Gütergemeinschaft der alten Ehen schon unter dem alten Recht eingetreten ist und damals zur Fortsetzung eines Rechtsstreits über Vermögen, das ins Samtgut fiel, die Zustimmung des Mannes erforderlich war.

IV. Die Handels- und Gewerbefrau.

1. Die Stellung der Handels- und Gewerbefrauen hatte das neue deutsche Recht auch für Hamburg schon vor dem Inkrafttreten des B.G.B. günstiger gestaltet.

a) Nach Art. 6—8 des A.D.H.G.B. konnte die Ehefrau nicht ohne Einwilligung ihres Ehemannes Handelsfrau sein. Bestand aber die Einwilligung, so konnte sie sich gültig verpflichten, ohne daß sie zu den einzelnen Geschäften einer besonderen Einwilligung des Mannes bedurfte. Für ihre Handelsschulden haftete auch das Samtgut.

b) Für die Gewerbefrauen kam Art. 11 Abs. 2 der G.O. in Betracht, wonach Ehefrauen, welche selbständig ein Gewerbe betreiben,



in Angelegenheiten ihres Gewerbes selbständig Rechtsgeschäfte abschließen und vor Gericht auftreten konnten. Soweit eine Genehmigung des Mannes vorlag, haftete nach dem früheren Recht auch das Samtgut für die Schulden des Gewerbebetriebes.[3]

2. Nach neuem Reichsrecht kann die Frau ohne Einwilligung ihres Mannes ein Gewerbe, auch ein Handelsgewerbe betreiben. Art. 7 des A.D.H.G.B. ist im neuen H.G.B. stillschweigend weggefallen. Auch kann die Frau sich zu allen Leistungen ihres Geschäfts wirksam verpflichten. Sie kann aber das Gesamtgut nur verpflichten, wenn ihr Mann die Einwilligung zum selbständigen Betriebe des Geschäfts erteilt hat. Der Erklärung der Einwilligung steht es gleich, wenn die Frau mit Wissen des Mannes und ohne Einspruch das Geschäft betreibt (§§ 1452, 1405 B.G.B.). Liegt eine derartige Einwilligung vor, so kann sie ohne weitere Zustimmung des Mannes alle Geschäfte abschließen und Rechtsstreitigkeiten führen, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Die Frau kann zu dem Zweck über das Gesamtgut verfügen und dasselbe verpflichten.

3. Streitig ist die Frage, welchen Einfluß das Inkrafttreten des neuen Rechts auf den Geschäftsbetrieb solcher Frauen ausübt, die sich in alten Ehen befinden und ein Handelsgewerbe betreiben.

a) Zweifellos ist, daß eine Ehefrau durch ihren Handelsbetrieb nur dann das Gesamtgut verpflichten und über dasselbe verfügen kann, wenn sie mit Einwilligung ihres Mannes ihr Handelsgewerbe betreibt. Insofern stimmen altes und neues Recht überein.

b) Ebenso steht fest, daß eine Hamburgische Ehefrau alten Rechts auch heute durch ihr Handelsgeschäft sich rechtswirksam verpflichten kann, und daß sie an sich hierzu einer Zustimmung des Mannes nicht bedarf. Auch hierin besteht Übereinstimmung zwischen altem und neuem Recht.

c) Dagegen ist streitig, ob eine Ehefrau alten Rechts als Handelsfrau, d. h. als Kaufmann anzusehen ist, ohne Rücksicht darauf, ob sie die Einwilligung ihres Mannes besitzt oder nicht. In dieser Beziehung besteht ein Unterschied zwischen altem und neuem Recht. Diese Frage ist zu bejahen. Die Vorschrift

3) Vgl. Niemeyer S. 343.

des Art. 7 des A.D.H.G.B., welche die Einwilligung des Mannes forderte, ist im Sinne des neuen Rechts keine güterrechtliche Vorschrift, sondern eine solche, welche die persönlichen Rechtsverhältnisse der Eheleute betrifft. In dieser Beziehung kommt aber nach Art. 199 E.G. z. B.G.B., also kraft Reichsrechts, auch bei alten Ehen sofort das neue Recht zur Anwendung.[4] Die Ehefrau in alter Ehe, welche nach dem 1. Januar 1900 ein Handelsgewerbe betreibt, ist ohne Rücksicht darauf, ob die ehemännliche Einwilligung dazu vorliegt, als Kaufmann anzusehen. Sie ist daher gehalten, nach § 29 H.G.B. ihre Firma und den Ort ihrer Handelsniederlassung zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden, unterliegt auch der Verpflichtung der Registeranmeldung nach § 2 Satz 2 H.G.B. Der Registerrichter hat seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts bei Anmeldung von Firmen zum Handelsregister nicht zu prüfen, ob die ehemännliche Einwilligung vorliegt oder nicht.

V. Nach einer singulären Vorschrift wird eine Ehefrau zu Anträgen in bezug auf das Staatsschuldbuch ohne Zustimmung des Ehemannes zugelassen, es sei denn, daß ein besonders eingetragener Vermerk die Zustimmung des Mannes fordert. Die Ehefrau ist dem Ehemanne gegenüber zur Erteilung der Zustimmung bez. Eintragung eines solchen Vermerks verpflichtet, wenn die eingetragene Forderung zum Gesamtgut oder zum eingebrachten Gut gehört.[5] Siehe S. 284.

§ 120. Die Tragung der Schulden im inneren Verhältnis der Ehegatten.

Die Gesamtgutsverbindlichkeiten, d. h. diejenigen Verbindlichkeiten des einen oder andern Ehegatten, wegen deren die Gläubiger auch aus dem Gesamtgut Befriedigung verlangen können,

4) Staub (Komm. z. H.G.B. 6./7. Aufl. S. 38) will für alle altrechtlichen Ehen den Art. 7 des A.D.H.G.B. aufrechterhalten, da die Landesgesetze die Wirkungen dieses Artikels, der Reichsrecht enthalte, nicht aufheben könnten. Das könnte in Betracht kommen, wenn man die entgegengesetzte Ansicht darauf stützen wollte, daß durch das Überleitungsrecht das neue Recht für maßgebend erklärt worden sei. Dies ist aber, wie oben dargetan, hier nicht der Fall. Die obige Ansicht stimmt überein mit Kisch S. 823, Habicht S. 551, Wieruszowski, Die Geschäftsfähigkeit der Frau in den am 1. Januar 1900 bestehenden Ehen bei Gruchot Bd. 42 S. 305 ff. und im wesentlichen auch mit Planck VI Art. 200 Anm. 7. An letzterem Orte findet sich auch die weitere Literatur angegeben.

5) Vgl. § 9 Ges. v. 14. April 1902 betr. das Hamb. Schuldbuch. Das gleiche gilt für Eintragungen im Reichsschuldbuch nach § 9 Reichsges. vom 31. Mai 1891, Art. 50 E.G. z. B.G.B.



fallen in der Regel auch im inneren Verhältnisse der Ehegatten zueinander dem Gesamtgute zur Last. Das bedeutet, daß, wenn eine solche Verbindlichkeit aus dem Vorbehaltsgut eines der Ehegatten getilgt ist, der betr. Ehegatte Ersatz aus dem Gesamtgut verlangen kann. Andererseits kann jeder Ehegatte fordern, daß bei der Auseinandersetzung zunächst die Gesamtgutsverbindlichkeiten getilgt werden.

I. Dieser Grundsatz war im alten Recht streng durchgeführt. Was dem Samtgut zur Last fiel, blieb auch im inneren Verhältnis der Ehegatten auf demselben lasten. Eine Verrechnung trat bei der späteren Auseinandersetzung regelmäßig nicht ein. Insbesondere blieben auch Deliktsschulden und Prozeßkosten der Frau im inneren Verhältnis der Ehegatten dem Samtgut zur Last. Baumeister[1] erklärt jeden Versuch, bei Auflösung der Ehe solche Verrechnungen mit Rücksicht auf die während der Ehe eingetretenen Verhältnisse anzustellen, für absolut unstatthaft. Er findet, daß die Verschiedenheit der Quoten (im Prinzip $^2/_3$ für den Mann, $^1/_3$ für die Frau) derartige Verrechnungen am besten abschneide. Ein wesentlicher Grund für den Ausschluß solcher Verrechnungen lag auch darin, daß das Sondergut der Frau sich bei Auflösung der Ehe prinzipiell mit dem Samtgut vereinigte. In zwei Fällen trat eine Ausnahme ein:

1. Wenn die Frau ihr Eingebrachtes als Sondergut schuldenfrei aus dem Samtgute herausnehmen durfte, weil binnen 5 Jahren nach Eingehung der Ehe der Konkurs über das Vermögen des Mannes ausgebrochen und der Mann bei Eingehung der Ehe schon überschuldet gewesen war[2] (s. oben § 115 III d), wurden der Frau auch ihre vorehelichen und Deliktsschulden zur Last gelegt.

2. Bei der Vermögensauseinandersetzung im Falle der Scheidung trat eine gewisse Verrechnung insofern ein, als Forderungen, welche selbständig unter den Ehegatten entstanden waren, z. B. Kostenforderungen aus Prozessen der Ehegatten untereinander, verrechnet wurden, auch wenn sie im Verhältnis nach außen dem Samtgut zur Last gefallen waren.[3] Bestimmte rechtliche Grundsätze über diese Verrechnung im einzelnen sind nicht nachzuweisen, da meistens die Vermögensauseinandersetzung im Einverständnis der Eheleute erfolgte.

1) Vgl. II S. 87; Stobbe, Deutsches Privatrecht IV S. 213 Anm.
2) Vgl. Baumeister II S. 91; Niemeyer S. 318.
3) Vgl. Beibl. 1890 Nr. 107.

II. Das heutige Recht kennt eine Anzahl Ausnahmen von diesem Grundsatze. In bestimmten Fällen soll im Verhältnis der Ehegatten zueinander eine Schuld nicht dem Gesamtgut, sondern demjenigen Ehegatten zur Last fallen, in dessen Person sie entstanden ist. Hat der betreffende Ehegatte die Schuld selbst berichtigt, so ist die Sache in Ordnung. Ist die Schuld dagegen aus dem Gesamtgut getilgt, so kann der andere Ehegatte fordern, daß dem Gesamtgut Ersatz geleistet wird. Sodann aber kann jeder Ehegatte nach Auflösung der Gütergemeinschaft fordern, daß die dem andern Ehegatten allein zur Last fallenden Gesamtgutsverbindlichkeiten bei der Auseinandersetzung nicht aus dem Gesamtgut getilgt werden. Hierher gehören folgende Fälle:

1. Verbindlichkeiten, die sich aus einem auf das Vorbehaltsgut oder Sondergut eines Ehegatten bezüglichen Rechtsverhältnis ergeben, auch wenn sie vor dem Eintritt der Gütergemeinschaft oder der Zeit entstanden sind, zu der das Gut Vorbehalts- oder Sondergut geworden ist, fallen demjenigen Ehegatten zur Last, dessen Vorbehalts- oder Sondergut davon betroffen wird (§ 1463 Ziff. 1 B.G.B.).

Dagegen fallen diejenigen das Sondergut betreffenden Verbindlichkeiten, welche zu den vom Gesamtgut zu tragenden Lasten des Sonderguts gehören (§§ 1439, 1529 Abs. 2 B.G.B.), sowie, welche aus dem Betrieb eines Erwerbsgeschäfts herrühren, das während der Ehe für Rechnung des Gesamtguts geführt wird (§§ 1439, 1537 Abs. 2 B.G.B.), definitiv dem Gesamtgut zur Last.

2. Verbindlichkeiten aus einer unerlaubten Handlung, die er während bestehender Gütergemeinschaft begeht, oder aus einem Strafverfahren, das wegen einer solchen Handlung gegen ihn gerichtet wird, fallen demjenigen Ehegatten zur Last, welcher die unerlaubte Handlung begangen hat (§ 1463 Ziff. 2 B.G.B.). Schulden, die aus unerlaubten Handlungen entspringen, die vor Eingehung der Ehe begangen worden sind, bleiben dem Gesamtgut im Verhältnis der Ehegatten zueinander zur Last, auch wenn das Strafverfahren erst nach Eingehung der Ehe stattfindet.

3. Der Mann hat für eine Verminderung des Gesamtgutes Ersatz zu leisten, wenn er die Verminderung in der Absicht begeht, die Frau zu benachteiligen (§ 1456 B.G.B.). Dieser Ersatz ist dem Gesamtgut zu leisten. An sich ist diese Schuld



auch eine Gesamtgutsverbindlichkeit, doch trifft sie im Verhältnis der Ehegatten zueinander den Mann.

4. Die Gewährung einer Ausstattung ist keine Pflicht der Eltern.

a) Wenn aber der Mann einem gemeinschaftlichen Kinde eine angemessene Ausstattung gewährt, so ist das eine Last des Gesamtguts, welche auch im inneren Verhältnis der Ehegatten gemeinschaftlich bleibt.

b) Wenn die Ausstattung das dem Gesamtgut entsprechende Maß übersteigt, so fällt der Mehrbetrag dem Manne allein zur Last (§ 1465 Abs. 1 B.G.B.).

c) Die angemessene Ausstattung eines nicht gemeinschaftlichen Kindes[4] seitens des Mannes fällt im inneren Verhältnis der Ehegatten dem Vater oder der Mutter des Kindes zur Last. Übersteigt sie aber das entsprechende Maß, so fällt sie der Mutter nur im Falle ihrer Zustimmung zur Last (§ 1465 Abs. 2 B.G.B.). Diese Vorschrift ist trotz § 2 Güterstandsges. auch hier anwendbar, da dieser Paragraph das Erfordernis der Zustimmung der Frau nur hinsichtlich der Rechtswirksamkeit der Verfügungen über das Gesamtgut beseitigt, sich aber auf die vorliegende Frage gar nicht bezieht. An und für sich ist der Mann auch nach dem B.G.B. befugt, eine solche Verfügung über das Gesamtgut zugunsten eines einseitigen Abkömmlings der Frau rechtswirksam zu treffen.

5. Besondere Vorschriften sind über die Prozeßkosten, die dem einen oder andern Ehegatten zur Last fallen, aufgestellt.

a) Die Kosten eines Prozesses wegen einer unerlaubten Handlung oder des Vorbehalts- oder Sonderguts[5] eines Ehegatten fallen dem betreffenden Ehegatten zur Last (§ 1463 Ziff. 3 B.G.B.).

b) Kosten eines Rechtsstreits zwischen den Ehegatten fallen demjenigen Teil zur Last, welchem sie gerichtlich auf-

---

4) Ein eingekindschaftetes Kind gilt in dieser Beziehung als ein nichtgemeinschaftliches (§ 15 Abs. 2 Güterstandsges.).

5) Abgesehen von den Kosten eines Rechtsstreites über eine Sondergutsverbindlichkeit, welche nach § 1529 Abs. 2 B.G.B. zu den vom Gesamtgute zu tragenden Lasten des Sonderguts gehört, oder eines Rechtsstreits, der durch den Betrieb eines zum Sondergut gehörenden Erwerbsgeschäftes, das für Rechnung des Gesamtguts geführt wird, entstanden ist.

erlegt sind oder auferlegt worden wären, falls es zu einem Urteil gekommen wäre (§ 1464 Abs. 1 B.G.B.).[6]

c) Dagegen fallen Kosten eines Rechtsstreits zwischen der Frau und Dritten grundsätzlich der Frau zur Last.

d) Auf dem Gesamtgut bleiben die Kosten eines Rechtsstreits der Frau haften, dessen Urteil gegenüber dem Gesamtgut wirksam ist.

e) Auch im inneren Verhältnis muß das Gesamtgut die Kosten eines Rechtsstreits der Frau tragen, wenn ihre Aufwendung den Umständen nach geboten war, bei Rechtsstreitigkeiten über persönliche Angelegenheiten der Frau, sowie bei Rechtsstreitigkeiten, welche nicht unerlaubte Handlungen oder Vorbehaltsgut der Frau betreffen.

6. Die Verbindlichkeiten des Mannes, die der Frau gegenüber aus der Verwaltung ihres Sonderguts entstehen, fallen, soweit nicht das Gesamtgut zur Zeit der Beendigung der Gütergemeinschaft bereichert ist, dem Manne zur Last; ebenso die Kosten eines von ihm über eine solche Verbindlichkeit geführten Rechtsstreits.

III. Die Überleitung der güterrechtlichen Verhältnisse in bezug auf die Tragung der Gesamtgutsverbindlichkeiten vollzieht sich dahin, daß die vor dem Inkrafttreten des B.G.B. entstandenen Samtgutsverbindlichkeiten einschließlich Deliktsschulden usw. der Frau auf dem Gesamtgut haften bleiben, daß dagegen nach dem 1. Januar 1900 entstandene Verbindlichkeiten in Gemäßheit des neuen Rechts unter den Ehegatten verrechnet werden. Auf diese Weise tritt freilich im Verhältnis zum alten Recht eine Schädigung des Samtguts ein, da nach der Auflösung der Ehe das Sondergut sich jetzt nicht mehr mit dem Gesamtgut vereinigt, demnach von demselben getrennt bleibt, so daß die frühere natürliche Ausgleichung zwischen Samtgut und Sondergut nicht mehr erfolgt, auch dem Manne jetzt nur dieselbe Quote bei der Auseinandersetzung zufällt, wie der Frau. Da es sich hier aber um unter altem Recht entstandene Verbindlichkeiten handelt, so kann für ihre Beurteilung nach Art. 170 E.G. z. B.G.B. nur das alte Recht maßgebend sein.

---

6) Vgl. Dernburg IV S. 162; Planck IV zu § 1416 Anm. 1.



§ 121. Die Ersatzansprüche der Ehegatten.[1]

I. Unter Umständen kann der Fall eintreten, daß entweder ein Ehegatte dem Gesamtgut etwas schuldet, oder daß umgekehrt das Gesamtgut etwas schuldet oder aber, daß beide Ehegatten direkte Forderungen gegeneinander haben. Dies sind die sog. Ersatz-, auch Ausgleichungsansprüche. Solche Ansprüche können einen verschiedenen Ursprung haben.

1. Ersatzansprüche aus dem Gesichtspunkt der Verwendung.

a) In der Regel entspringen die Ersatzansprüche daraus, daß das Gesamtgut eine Verbindlichkeit getilgt hat, welche einem der beiden Ehegatten zur Last fällt (§ 120), sei es, daß es sich gar nicht um eine Gesamtgutsverbindlichkeit sei es, daß es sich um eine solche handelt, welche aber im inneren Verhältnis einem der Ehegatten zur Last fällt. Bei Gesamtgutsverbindlichkeiten tritt dieser Fall häufig ein, da die Gläubiger sich zunächst an das Gesamtgut halten. In diesem Falle hat das Gesamtgut einen Ersatzanspruch an den betr. Ehegatten.

b) Es kann aber auch vorkommen, daß aus dem Vorbehaltsgut Verbindlichkeiten getilgt werden, welche Gesamtgutsschulden oder Vorbehaltsschulden des andern Ehegatten sind, so daß dann dem betr. Ehegatten ein Ersatzanspruch gegen das Gesamtgut oder den andern Ehegatten erwächst.

c) Die vorgenannten Ansprüche fallen unter den allgemeinen Gesichtspunkt der Verwendung von Gut einer Vermögensmasse zugunsten einer andern Masse (§ 1466 B.G.B.). Der Begriff der Verwendung geht aber noch weiter. Z. B. können Sachen, die zu einer Vermögensmasse gehören, für eine andere verwendet werden. In allen diesen Fällen entstehen Ersatzansprüche, entweder des Gesamtguts gegen einen der Ehegatten oder eines Ehegatten gegen das Gesamtgut oder aber eines Ehegatten gegen den andern.

d) Sondergut kann nicht für das Gesamtgut verwendet werden, da es nur so lange Sondergut ist, wie es unübertragbar ist. Wohl aber kann das Sondergut eines Ehegatten auf Kosten des Gesamtguts bereichert werden und daraus dem Gesamtgut ein Ersatzanspruch erwachsen.

---

1) Vgl. hierzu besonders Kisch S. 866 ff.

e) Die Höhe des Ersatzanspruchs ist in den Fällen der Verwendung verschieden:

α) Hat das Gesamtgut aus der Verwendung einen Anspruch gegen den Mann oder der Mann gegen das Gesamtgut, so ist der Wert des Verwendeten zu ersetzen (§ 1466 B.G.B.).

β) Entspringt jedoch der Ersatzanspruch daraus, daß Gesamtgut in das Vorbehalts- oder Sondergut der Frau oder Vorbehaltsgut der Frau in das Gesamtgut oder Vorbehaltsgut des einen Ehegatten in solches Gut des andern verwendet worden ist, so kommen die allgemeinen Grundsätze über Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigte Bereicherung zur Anwendung.

2. Ein Ersatzanspruch des Gesamtgutes gegen den Mann entsteht daraus, daß der Mann das Gesamtgut in der Absicht der Benachteiligung der Frau vermindert hat (§ 1456 B.G.B.).[2] Hier ist der volle Schaden zu ersetzen.

3. Tritt eine Bereicherung des Gesamtguts durch ein Rechtsgeschäft ein, welches ein Ehegatte ohne die erforderliche Zustimmung des andern vorgenommen hat, so entsteht ein Anspruch gegen das Gesamtgut auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 1455 B.G.B.).

Da durch das Güterstandsgesetz die Vorschriften des B.G.B., nach denen der Mann in einzelnen Fällen die Zustimmung der Frau einholen soll, für die alten Ehen beseitigt ist, so kann dieser Fall nur wirksam werden, wenn die Frau ohne die Zustimmung des Mannes gehandelt hat. Dann ist das Rechtsgeschäft unwirksam, für die Verbindlichkeit, die aus dem Rechtsgeschäft entsteht, haftet das Gesamtgut nicht, doch fällt ein etwaiger Erwerb in das Gesamtgut. Wenn nun die Verpflichtung von der Frau, die das Geschäft abgeschlossen hat, erfüllt wird, so entsteht auf ihre Kosten eine Bereicherung des Gesamtguts, hinsichtlich deren ihr ein Ersatzanspruch erwächst.

II. Fälligkeit der Ersatzansprüche.

1. Die Ersatzansprüche des Mannes gegen das Gesamtgut und die Ansprüche des Gesamtguts gegen den Mann sind erst bei Auflösung der Gütergemeinschaft zu erfüllen (§ 1467 B.G.B.).

---

2) Die andere Alternative des § 1456 ist für das Hamburgische Recht ohne Bedeutung, da nach § 2 Güterstandsges. der Mann über das Gesamtgut unbeschränkt verfügen darf.



2. Die **Ersatzansprüche des Mannes** sowie des **Gesamtguts gegen die Frau** sind ebenfalls **erst bei Auflösung der Gütergemeinschaft zu erfüllen**; nur wenn die Frau Vorbehaltsgut hat und dieses zur Berichtigung der Schuld hinreicht,[3] muß die Frau ihrer Ersatzpflicht schon dann genügen, wenn die Verbindlichkeit nach den allgemeinen Grundsätzen fällig ist.

3. Die **Ersatzansprüche der Frau** gegen das Gesamtgut und den Mann können schon geltend gemacht werden, **sobald sie** nach allgemeinen Grundsätzen **fällig sind** (§ 1467 B.G.B.).

III. Über **die Art der Geltendmachung** der Ersatzansprüche, soweit dieselbe während der Gütergemeinschaft zulässig, bestimmt das Gesetz nichts.

1. Soweit die Ersatzansprüche bei der Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft geltend gemacht werden, erfolgt die Geltendmachung der Ansprüche des Gesamtguts dadurch, daß dem Ersatzpflichtigen die Schuld auf seinen Anteil angerechnet wird; den Mehrbetrag hat er dem andern Ehegatten zu entrichten (§ 1476 B.G.B.).

2. Da der Mann für die Ersatzverbindlichkeiten des Gesamtguts an die Frau zugleich persönlich haftet, so muß er ihr auch dafür einstehen, daß sie aus dem gemeinschaftlichen Vermögen, soweit dasselbe genügend erscheint, vollständig befriedigt wird. Seine eigenen Vergütungsansprüche treten also im Ergebnis hinter diejenigen der Frau zurück.[4]

IV. **Im alten Recht** sind solche Ersatzansprüche regelmäßig nicht entstanden.

1. Da die Gesamtgutsverbindlichkeiten auch im inneren Verhältnis der Ehegatten dem Samtgut zur Last fielen, so konnte nach dieser Richtung ein Ersatzanspruch nicht entstehen, insbesondere nicht hinsichtlich der Delikts- und Prozeßkostenschulden der Frau.

2. Da der Mann ein Sondergut nicht haben konnte, so konnte nur der Fall eintreten, daß der Mann Sondergut der Frau in das Samtgut oder Samtgut in das Sondergut der Frau verwandte. In beiden Fällen

3) Die Prüfung, ob das Vorbehaltsgut ausreicht, ist Sache des Gerichts, und erfolgt nicht erst in der Zwangsvollstreckungsinstanz. Vielmehr gehört es zur Grundlage der Klage, daß Vorbehaltsgut vorhanden ist. Die Vorschrift enthält also nicht bloß eine im Urteil vorzubehaltende Haftungsbeschränkung. So mit Recht O.L.G. IV in Rechtsstr. der O.L.G. 1903 S. 404 und O.L.G. VI in Beibl. 1907 Nr. 16; Seuff. Arch. 62 Nr. 111. A. M. O.L.G. I in Beibl. 1906 Nr. 57; Seuff. Arch. 66 Nr. 179.

4) Vgl. Kisch S. 871.

trat eine Ausgleichung dadurch ein, daß sich nach der Beendigung der Ehe Samtgut und Sondergut vereinigten.

3. Einen Ersatzanspruch wegen Verminderung des Samtguts hatte die Frau niemals gegen den Mann, da der Mann, wenn er auch nicht, wie Baumeister lehrt, als Alleineigentümer des Samtguts anzusehen war, doch ein vollkommen freies Verfügungsrecht hatte und der Frau keinerlei Rechenschaft schuldig war.

4. Im Falle der Scheidung trat eine gewisse Verrechnung ein (s. § 120 I 2).

V. Daraus folgt für die Überleitung:

1. Ist der Tatbestand, aus welchem ein Ersatzanspruch hergeleitet werden soll, vor dem 1. Januar 1900 verwirklicht worden, so bemißt sich der Anspruch nach dem alten Recht, d. h. er existiert regelmäßig nicht.

2. Ist der Tatbestand später verwirklicht, so richtet sich die Frage der Entstehung des Anspruchs nach dem neuen Recht.

Prozeßkosten sind in dieser Beziehung danach zu beurteilen, ob der Prozeß unter altem oder neuem Recht rechtshängig geworden ist, da mit der Rechtshängigkeit die Prozeßkostenpflicht entsteht. Ist er unter neuem Recht anhängig geworden, so kann ein Ersatzanspruch dadurch entstehen, daß Prozeßkosten, die im inneren Verhältnis der Frau zur Last fallen, aus dem Samtgut gedeckt sind.

3. Bez. der Überleitung im Falle der Scheidung s. unten § 124 II 3.

§ 122. Die Aufhebung der Gütergemeinschaft bei bestehender Ehe.

I. Die Aufhebung der Gütergemeinschaft konnte nach altem Recht während bestehender Ehe nur im Falle der Trennung von Tisch und Bett erfolgen. Eine vertragsmäßige Aufhebung der Gemeinschaft war in anderen Fällen ausgeschlossen, eine gerichtliche Gütertrennung kannte das frühere Recht nicht. Bei leichtsinniger und verschwenderischer Wirtschaft des Mannes konnte die Frau lediglich auf Entmündigung des Mannes antragen;[1] dann wurde ein Kurator bestellt, auf welchen die Rechte des Mannes über das Samtgut übergingen. Im Falle der Konkurseröffnung trat der Konkursverwalter an Stelle des Ehemannes; das Samtgut fiel einfach in die Konkursmasse.

Durch eine gerichtliche Trennung von Tisch und Bett wurden, da die Ehe an sich fortbestand, die güterrechtlichen Verhältnisse

1) Vgl. Baumeister II S. 105; Niemeyer S. 312.



der Ehegatten nicht geändert. Indessen hatte sich gewohnheitsrechtlich ausgebildet, daß die Ehegatten in diesem Falle durch Vertrag und mit bindender Wirkung unter ihnen die Gütergemeinschaft lösen und eine Vermögensauseinandersetzung vornehmen durften. Diese Auseinandersetzung erfolgte ganz freiwillig, bestimmte Normen waren für sie nicht aufgestellt. Gegen Dritte wirkte die Auseinandersetzung indessen nur, wenn ein gerichtliches Aufgebot und Ausschlußurteil erfolgte[2] (s. oben § 114 II).

Wurde die eheliche Gemeinschaft wieder hergestellt, so trat auch die Gütergemeinschaft von selbst wieder ein.[3]

II. Das neue Recht kennt eine Auflösung der Gütergemeinschaft bei bestehender Ehe in viel weitergehendem Umfange.

1. Die Gütergemeinschaft kann durch Ehevertrag aufgehoben werden, der aber nicht durch einen gesetzlichen Vertreter geschlossen werden darf (§ 1437 B.G.B.). Dies gilt auch bez. der alten Ehen für die Zeit nach dem Inkrafttreten des B.G.B. Wird durch einen solchen Ehevertrag die Gütergemeinschaft aufgehoben, und ein besonderer anderer Güterstand nicht vereinbart, so tritt Gütertrennung ein (§ 4 Güterstandsgesetz). Dritten gegenüber ist ein solcher Ehevertrag nur wirksam, falls er in das zuständige Güterstandsregister eingetragen wird. Die Wirksamkeit eines Vertrages im Falle der Nichteintragung richtet sich nach den §§ 3 und 5 Güterstandsges., nicht nach § 1435 B.G.B. (s. oben § 114 IV). Über die Wirkung der Nichteintragung beim Verzuge der Ehegatten vgl. § 114 V 2.

Über die Art der Auseinandersetzung können die Ehegatten Vereinbarungen treffen. Unterlassen sie dies, so erfolgt die Auseinandersetzung, wie im folgenden Paragraphen ausgeführt ist.

2. Die Aufhebung der Gütergemeinschaft kann auf Klage eines der Ehegatten eintreten.[4]

a) Beide Ehegatten können auf Aufhebung der Gütergemeinschaft klagen, wenn das Gesamtgut infolge von Verbindlichkeiten, die in der Person des andern Ehegatten entstanden sind, derartig über-

2) Vgl. Baumeister II S. 107; Gries, Komm. zum Hamb. Stadtrecht I S. 45; Cropp bei Heise u. Cropp II S. 499; Niemeyer S. 350. Beibl. 1897 Nr. 114.

3) Vgl. Beibl. 1897 Nr. 114.

4) § 1468 Ziff. 1 B.G.B. kommt für Hamburg nicht in Betracht, da der Mann die in den §§ 1444—1446 erwähnten Geschäfte ohne Zustimmung der Frau vornehmen darf.

schuldet ist, daß ein späterer Erwerb erheblich gefährdet wird. Voraussetzung für die Klage des Mannes ist jedoch, daß die betr. Verbindlichkeiten der Frau im Verhältnisse der Ehegatten untereinander nicht dem Gesamtgut zur Last fallen (§§ 1468 Ziff. 5, 1469 B.G.B.).

b) Die Frau kann ferner diese Klage erheben,

α) wenn der Mann das Gesamtgut in der Absicht, die Frau zu benachteiligen, vermindert hat (§ 1468 Ziff. 2 B.G.B.);

β) wenn der Mann seine Unterhaltspflicht gegen Frau und Kinder verletzt und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist (§ 1468 Ziff. 3 B.G.B.);

γ) wenn der Mann wegen Verschwendung entmündigt ist, oder wenn er das Gesamtgut durch Verschwendung erheblich gefährdet (§ 1468 Ziff. 4 B.G.B.).

c) Die Aufhebung der Gütergemeinschaft tritt in diesen Fällen mit der Rechtskraft des Urteils ein. Sie wirkt nicht zurück auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit. Doch kann der Kläger beanspruchen, daß die Auseinandersetzung so erfolgt, wie wenn der Anspruch auf Auseinandersetzung mit der Erhebung der Klage rechtshängig geworden wäre (§ 1479 B.G.B.).

Diese Wirkung gilt indessen nur unter den Parteien. Dritten gegenüber tritt die Wirkung der Aufhebung der Gütergemeinschaft nur nach Maßgabe des § 1435 B.G.B. ein. In dieser Beziehung hat das Güterstandsgesetz keine Abänderung vorgenommen. Infolgedessen kann also insbesondere im Falle der Nichteintragung jeder Ehegatte sich auch darauf berufen, daß der Dritte Kenntnis von dem Urteil habe (s. oben § 114 IV).

3. Die Konkurseröffnung hat die Aufhebung der Gütergemeinschaft an sich nicht zur Folge. Es kann Zahlungsunfähigkeit des Mannes und damit der Grund zur Konkurseröffnung vorliegen, während eine Überschuldung nicht vorhanden ist (s. unter 2 a). In der Regel wird freilich bei der Konkurseröffnung auch genügender Anlaß zur Erhebung der Gütertrennungsklage gegeben sein.

III. Für die Überleitung kommen folgende Fragen in Betracht.

1. Seit dem 1. Januar 1900 kann auf Trennung von Tisch und Bett nicht mehr erkannt werden. Doch bleiben nach Art. 202



E.G. z. B.G.B. die Wirkungen einer solchen Trennung, auf welche vor dem Inkrafttreten des B.G.B. erkannt worden ist, bestehen.

a) Ist demnach die Vermögensauseinandersetzung unter den Ehegatten durch Vereinbarung erfolgt, so bleibt die Aufhebung der Gütergemeinschaft unter den Ehegatten bestehen.

b) War sie in einer gehörig öffentlichen Weise erfolgt (s. oben I), so bleiben die Wirkungen gegenüber den vor dem Inkrafttreten des B.G.B. entstandenen Ansprüchen bestehen (§ 6 Güterstandsges.) und können auch unter dem neuen Recht gegenüber den alten Gläubigern geltend gemacht werden.

c) Vom 1. Januar 1900 ab wirkt aber diese Aufhebung der Gemeinschaft neuen Ansprüchen gegenüber nur im Falle der Eintragung im Güterrechtsregister. Diese Eintragung kann erfolgen, wenn auch vor dem Inkrafttreten des B.G.B. die Voraussetzungen nicht vorlagen, unter welchen die Auseinandersetzung Dritten gegenüber wirksam wurde.

d) Nach dem Inkrafttreten des B.G.B. kann die Aufhebung der Gütergemeinschaft ebenso wie vorher durch einen Ehevertrag erfolgen. Eine gerichtliche Mitwirkung tritt hierbei nicht ein. Können sich die Ehegatten nicht verständigen, so kann nur unter den oben (s. II 2) angegebenen Voraussetzungen die Gütertrennungsklage erhoben werden.[5]

2. Eine vor dem Inkrafttreten des B.G.B. während der Ehe unter den Ehegatten vereinbarte Aufhebung der Gütergemeinschaft ist auch nach dem 1. Januar 1900 wirkungslos. Dagegen kann ein vor Eingehung der Ehe unter altem Recht abgeschlossener Ehevertrag, welcher die Gütergemeinschaft für die Ehe ausschließt, nach Maßgabe des § 5 Güterstandsges. seit dem 1. Januar 1900 auch Dritten gegenüber wirksam werden. S. § 112 IV, § 114 IV.

3. Da eine Klage auf Gütertrennung unter dem alten Recht nicht zulässig war, so fragt es sich nur, ob eine solche Klage unter dem neuen Recht nicht nur dann erhoben werden kann, wenn ihre Voraussetzungen unter dem neuen Recht vorliegen, sondern auch wenn sie unter dem alten Recht vorgelegen haben.

---

5) Weigert sich ein Ehegatte, eine solche Vereinbarung zu treffen, so kann sich der andere nur damit helfen, daß er die Scheidung herbeiführt, eventuell nach Durchführung eines auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens gerichteten Prozesses. Denn bei einer Trennung von Tisch und Bett konnte der eine Ehegatte nach angemessener Frist auf Wiederherstellung des ehelichen Lebens klagen. S. § 136 II.

a) Hat sich der Tatbestand ganz unter dem alten Recht abgewickelt und waren die nach heutigem Recht zur Erhebung der Gütertrennungsklage berechtigenden Gründe am 1. Januar 1900 schon weggefallen, z. B. eine Entmündigung wegen Verschwendung wieder aufgehoben, so kann auf diesen Tatbestand naturgemäß eine Klage nicht mehr gestützt werden.

b) Dagegen kann die Gütertrennungsklage erhoben werden, wenn der Tatbestand in das neue Recht hineinreicht, wenn z. B. die Entmündigung fortdauert, die Verminderung des Gesamtgutes, die der Mann in doloser Weise herbeigeführt hat, noch besteht; auch genügt zur Zulässigkeit der Klage die nach dem 1. Januar 1900 bestehende Überschuldung, einerlei ob die Verbindlichkeiten, welche sie herbeigeführt haben, vorher oder nachher entstanden sind.

IV. Die bei bestehender Ehe aufgelöste Gütergemeinschaft kann durch Ehevertrag wieder eingeführt werden. Dabei kann indessen eine Verweisung auf das Güterstandsgesetz nicht erfolgen, da dieses im Sinne des Reichsrechts als ein nicht mehr geltendes Gesetz anzusehen ist (§ 1433 B.G.B.). Wohl aber können die einzelnen Bestimmungen des Güterstandsgesetzes zum Inhalt eines Ehevertrags gemacht werden. Ein solcher Ehevertrag bedarf, um Dritten gegenüber wirksam zu werden, einer Eintragung im Güterrechtsregister, da er eine Änderung des bestehenden Güterstandes enthält (§ 3 Güterstandsges.). Dies ist auch dann der Fall, wenn durch den Ehevertrag ein Güterstand hergestellt wird, welcher dem des Güterstandsgesetzes entspricht.

§ 123. Die Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft.

I. Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt die Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft, d. h. das Rechtsverhältnis, welches nach der Beendigung der Gütergemeinschaft in Ansehung des Gesamtguts und der sich auf dieses beziehenden Rechtsverhältnisse gegenüber Dritten, insbesondere den Gesamtgutsgläubigern, und im Verhältnisse der Ehegatten zueinander eintritt, in erster Linie für den Fall, daß die Aufhebung der Gütergemeinschaft bei bestehender Ehe stattfindet; nur eine Bestimmung (§ 1478 B.G.B.) bezieht sich auf den Fall der Aufhebung der Gütergemeinschaft durch Ehescheidung. Daher sei zunächst an dieser Stelle die Auseinandersetzung behandelt.

1. Mit der Beendigung der Gütergemeinschaft verwandelt sich das Gesamtgut nicht in ein beiden Ehegatten gemeinschaftliches Eigentum, vielmehr bleibt die Gemeinschaft zur gesamten Hand bis



zur Durchführung der Auseinandersetzung bestehen.[1] Keiner der Ehegatten kann über seinen Anteil am Gesamtgut oder an den einzelnen Gesamtgutsgegenständen verfügen (§§ 1471 Abs. 2, 1442 B.G.B.).

2. Die Verwaltung des Gesamtguts steht aber nach der Auflösung der Gütergemeinschaft nicht mehr dem Manne allein, sondern beiden Ehegatten gemeinschaftlich zu (§ 1472 B.G.B.). Jeder ist dem andern zur Mitwirkung bei ordnungsmäßigen Verwaltungshandlungen verpflichtet, doch kann jeder ohne Mitwirkung des andern die zur Erhaltung notwendigen Maßregeln treffen.

Dies bezieht sich auch auf die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung des Gesamtguts. Gesamtgutsverbindlichkeiten müssen beiden Ehegatten gemeinschaftlich gegenüber getilgt werden. Eine Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut ist nur zulässig, wenn entweder beide Ehegatten zur Leistung, oder der eine zur Leistung, der andere zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut verurteilt worden sind (§§ 743, 744 Z.P.O.).[2] Jeder Ehegatte kann jederzeit die Auseinandersetzung verlangen.

Diese Bestimmungen kommen auch auf die Auflösung der Gütergemeinschaft bei alten Hamburger Ehen zur Anwendung. Nach § 2 Güterstandsges. fallen die Beschränkungen der Verwaltungsbefugnisse des Mannes nur in der bestehenden und in der fortgesetzten, nicht auch in der aufgelösten Gütergemeinschaft weg.

3. Der Erwerb der Ehegatten fällt nach der Aufhebung der Gemeinschaft nicht mehr in das Gesamtgut.[3] Nur was auf Grund eines Rechtes des Gesamtgutes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Gesamtgutsgegenstandes oder durch ein sich auf das Gesamtgut beziehendes Rechtsgeschäft erworben wird, wird Gesamtgut (§ 1473 Abs. 1 B.G.B.).

4. Die Verbindlichkeiten der Ehegatten fallen jedem nach der Aufhebung der Gütergemeinschaft persönlich zur Last. Das Gesamtgut wird nur verpflichtet, wenn beide Ehegatten die Verbindlichkeit zusammen eingehen.

II. Die Auseinandersetzung selbst kann nach Vereinbarung der Ehegatten erfolgen. Tritt eine solche nicht

1) Vgl. Dernburg IV S. 195; Planck IV zu §§ 1471—1481 Anm. 2; Entsch. des R.G. Bd. 48 S. 269.
2) Vgl. bez. der Zwangsvollstreckung in diesem Falle auch das Urt. des O.L.G. in Seuff. Arch. 61 Nr. 211.
3) Dies folgt aus § 1438 Abs. 1 B.G.B.

ein, so hat das Gericht die Auseinandersetzung zu vermitteln (§ 99 F.G.G.).

Zuständig für die Vermittelung ist grundsätzlich das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Mann zur Zeit der Beendigung der Gütergemeinschaft seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hatte. Nur wenn ein Anteil an dem Gesamtgut zu einem Nachlasse gehört, ist das Nachlaßgericht zuständig.[4] Erfolgt eine Einwilligung der Beteiligten bez. der amtsgerichtlichen Vermittelung nicht, so kann die Auseinandersetzung im Prozeßwege herbeigeführt werden.[5]

III. Die Auseinandersetzung erfordert zunächst Feststellung der zu teilenden Masse. Diese wird dadurch ermittelt, daß zu der vorhandenen Masse hinzugerechnet wird, was einer der Ehegatten dem Gesamtgut zu ersetzen hat und dann die Verbindlichkeiten abgezogen werden; der Überschuß wird in zwei Hälften geteilt (§ 1476 B.G.B.).

1. Zunächst sind aus dem erforderlichenfalls in Geld umzusetzenden Gesamtgut die Gesamtgutsverbindlichkeiten zu berichtigen;[6] dazu gehören auch die Ersatzansprüche der Ehegatten an das Gesamtgut. Soweit aber eine Gesamtgutsverbindlichkeit im Verhältnis der Ehegatten untereinander einem der Ehegatten allein zur Last fällt, kann dieser die Berichtigung aus dem Gesamtgut nicht verlangen.

Die Haftung der Ehegatten für die Gesamtgutsverbindlichkeiten bleibt während der Auseinandersetzung dieselbe wie zuvor. Jeder Ehegatte haftet persönlich für die in seiner Person entstandenen Verbindlichkeiten. Außerdem haftet der Mann für die Gesamtgutsschulden als solche. Dagegen ist zu deren Zahlung die Frau persönlich überhaupt nicht, namentlich nicht etwa in halber Höhe verpflichtet.[7] Eine Abweichung hiervon tritt nur ein, wenn vor der Teilung des Gesamtguts eine Gesamtgutsverbindlichkeit nicht berichtigt wird. Dann haftet dem Gläubiger auch derjenige Ehegatte als Gesamtschuldner, für den zur Zeit der Teilung eine solche Haftung nicht besteht. Jedoch haftet der Ehegatte

4) Vgl. §§ 72, 73 F.G.G.
5) Vgl. Beibl. 1904 Nr. 26.
6) Soweit sie noch nicht fällig oder soweit sie streitig sind, ist ein Betrag zurückzubehalten (§ 1475 Abs. 1 B.G.B.).
7) Vgl. Kisch S. 885.



dann nur mit den ihm zugeteilten Gegenständen, nicht mit deren Werte (§ 1480 B.G.B.).[8] Diese Haftungsbeschränkung kann in der Zwangsvollstreckungsinstanz geltend gemacht werden, wenn sie im Urteil vorbehalten ist (§§ 786, 780, 781 Z.P.O.), doch kann der Ehegatte auch sofort Abweisung der Klage fordern, wenn es feststeht, daß er Gegenstände des Gesamtguts gar nicht erhalten hat.[9]

Soweit die Verbindlichkeit aus der Zeit des alten Rechts herrührt, haften die Ehegatten, auch die Frau, persönlich für die Verbindlichkeit, da die Gläubiger damals ein unentziehbares Recht auf Befriedigung aus dem gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen der Frau erworben haben.[10]

Wenn bei der Auseinandersetzung eine Verbindlichkeit nicht getilgt ist, welche auch im inneren Verhältnis dem Gesamtgut zur Last fällt, so kann jeder Ehegatte, falls er die Schuld tilgt, von dem andern Ersatz der Hälfte fordern. Jedoch hat der Mann der Frau dafür einzustehen, daß sie nicht für eine Verbindlichkeit in Anspruch genommen wird, welche im inneren Verhältnis dem Gesamtgut oder ihm, die Frau dagegen dem Mann, daß er nicht für eine Verbindlichkeit in Anspruch genommen wird, welche im inneren Verhältnis ihr zur Last fällt (§ 1481 B.G.B.). Danach hat der Mann tatsächlich die Einbuße zu tragen.

Solange die Auseinandersetzung nicht erfolgt ist, ist die Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut nur zulässig, wenn beide Ehegatten zu der Leistung, oder der eine Ehegatte zu der Leistung und der andere zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt sind (§ 743 Z.P.O.).[11]

2. Der Überschuß, der sich nach Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten ergibt, gebührt jedem Ehegatten zur Hälfte. Was einer der Ehegatten dem Gesamtgute zu ersetzen hat, muß er sich auf seinen Teil anrechnen lassen. Soweit die Ersatzleistung auf diese Weise nicht erfolgen kann, bleibt er dem andern Gatten verpflichtet.

---

8) Vgl. Planck IV § 1480 Anm. 5. Die für die Erbenhaftung geltenden §§ 1990, 1991 B.G.B. kommen hier auch zur Anwendung.

9) Die Frage ist an sich sehr streitig. Vgl. Beibl. 1906 Nr. 6; 1907 Nr. 33; Seuff. Arch. 62 Nr. 170. Für obige Ansicht Eccius bei Gruchot 43 S. 617; Struckmann und Koch, Z.P.O. zu § 780; Entsch. des R.G. 54 S. 413; 34 S. 277.

10) Vgl. Beibl. 1904 Nr. 153. S. auch § 114 IV 2.

11) Wenn auch gemäß §§ 3, 5 Güterstandsges., 1435 B.G.B. die Gütertrennung Dritten gegenüber erst mit der Eintragung wirksam wird, so kommt bez. der Auseinandersetzung doch der tatsächliche Zustand in Betracht. Dies kommt besonders bei einem Verzuge der Ehegatten in Betracht, wo für die Wirksamkeit der Gütertrennung eine neue Eintragung nach § 1559 B.G.B. erfolgen muß. In solchem Falle ist natürlich für eine neue Auseinandersetzung überhaupt kein Raum. A. M. anscheinend Beibl. 1907 Nr. 118.

Die Teilung selbst erfolgt nach den Vorschriften über die Gemeinschaft. Soweit die zu verteilenden Gegenstände sich ohne Verminderung des Wertes in zwei gleichartige Teile zerlegen lassen, tritt Teilung in Natur, sonst Teilung nach öffentlichem Verkauf der Masse ein (§§ 1477, 752 f. B.G.B.). Doch ist jeder Ehegatte berechtigt, gegen Ersatz des gegenwärtigen Wertes diejenigen Gegenstände zu übernehmen, die er in die Gütergemeinschaft eingebracht[12] oder während der Gemeinschaft durch Erbfolge, Vermächtnis oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erworben hat (§ 1477 Abs. 2 B.G.B.), soweit diese Sachen nicht etwa in das Vorbehaltsgut gefallen sind und dem Ehegatten deshalb an sich schon zustehen. Der Mann kann unter denselben Voraussetzungen auch die zu seinem persönlichen Gebrauche bestimmten Sachen, insbesondere Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte übernehmen. Die gleichartigen Sachen kommen der Frau als ihr persönliches Eigentum zu (§ 10 Güterstandsges.).

3. Wenn das Gesamtgut nicht ausreicht, um alle Gesamtgutsgläubiger zu befriedigen, kann jeder Ehegatte Befriedigung derjenigen Gläubiger fordern, an deren Befriedigung für das Gesamtgut ein besonderes Interesse besteht, insbesondere derjenigen, von denen eine Zwangsvollstreckung droht. Im übrigen muß den Ehegatten überlassen bleiben, sich mit den Gläubigern zu verständigen.[13] Letztere können in einen Konkurs des Ehemanns nicht mehr das Gesamtgut hineinziehen, da § 2 Abs. 1 K.O. nur auf die bestehende, nicht aber auf die aufgehobene Gütergemeinschaft Anwendung zu finden hat. Nach Aufhebung der Gütergemeinschaft fällt in die Konkursmasse nur der Anteil des Mannes am Gesamtgut, nicht das Gesamtgut als solches.

§ 124. Die Aufhebung der Gütergemeinschaft infolge Nichtigkeitserklärung oder Auflösung der Ehe.

Nach Auflösung der Ehe trat naturgemäß auch im alten Recht eine Aufhebung der Gütergemeinschaft ein.

---

12) Nicht aber dasjenige, was aus Geldmitteln angeschafft ist, welche der betr. Ehegatte eingebracht hat; vgl. Beibl. 1903 Nr. 148.

13) Vgl. Planck IV § 1475 Anm. 4. Vgl. auch Mot. zum Entw. I des B.G.B. IV S. 408. Dagegen verteidigt Jaeger (K.O. § 2 Anm. 19 ff.) mit Billigkeitsgründen die Zulässigkeit einer Erstreckung des Konkurses auf das Gesamtgut. Doch können gegenüber der Entstehung des Gesetzes (vgl. besonders auch Prot. zum Entw. II des B.G.B. IV S. 285) und seinem Wortlaut diese Gründe nicht als durchschlagend erscheinen.



I. Nichtigkeitserklärung der Ehe.

1. Wurde eine Ehe für ungültig erklärt, so mußte nach altem Recht auch die Gütergemeinschaft in solcher Weise wieder aufgehoben werden, als wenn sie gar nicht bestanden hätte. Es erhielt also jeder sein eingebrachtes Vermögen, sowie dasjenige, was ihm während der Ehe angefallen war, zurück. War nach Abzug der Schulden weniger vorhanden, als zur Deckung der sich hieraus ergebenden Ansprüche der Ehegatten erforderlich war, so hatten sich die Ehegatten den Rest nach Verhältnis ihrer Anteile zu teilen. Den Gläubigern haftete das Samtgut indessen für ihre Forderungen ebenso als ob eine gültige Ehe bestanden hätte.[1]

2. Das neue Recht steht grundsätzlich auf demselben Standpunkte. Wird eine Ehe für nichtig erklärt, so wird das güterrechtliche Verhältnis so angesehen, als wäre die Gütergemeinschaft nie eingetreten und jeder Ehegatte Eigentümer seines Vermögens geblieben. Ohne Rücksicht auf den Unterschied zwischen Gesamtgut, Sondergut und Vorbehaltsgut gebührt jedem Ehegatten dasjenige, was er in die Ehe eingebracht hat oder was ihm angefallen ist.[2]

Diesen Grundsatz führt das neue Recht rücksichtslos durch, falls die Nichtigkeit der Ehe auf einem Formmangel beruht und die Ehe nicht in das Heiratsregister eingetragen war (§ 1344 Abs. 2 B.G.B.). Dagegen bestehen in den übrigen Fällen der Nichtigkeitserklärung zwei Ausnahmen im Interesse des guten Glaubens.

a) Im Verhältnis zu Dritten wird die Ehe zwar nicht, wie nach altem Recht, als eine gültige behandelt, aber aus der Nichtigkeit der Ehe können Einwendungen gegen ein zwischen Dritten und einem der Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft oder ergangenes rechtskräftiges Urteil nur erhoben werden, wenn die Ehe zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts oder zur Zeit des Eintritts der Rechtshängigkeit bereits für nichtig erklärt, oder wenn die Nichtigkeit zu jener Zeit dem Dritten bekannt war (§ 1344 Abs. 1 B.G.B.).

b) War der eine Ehegatte bei der Eheschließung bösgläubig, d. h. in Kenntnis der Nichtigkeit der Ehe, der andere gutgläubig, so kann der letztere nach der Nichtigkeitserklärung oder der Auflösung der Ehe verlangen, daß das eheliche Verhältnis in vermögensrechtlicher Beziehung,

1) Vgl. Baumeister II S. 108; Cropp in Heise und Cropp II S. 577; Niemeyer S. 347.

2) Vgl. Planck IV § 1344 Anm. 1.

insbesondere auch in Ansehung der Unterhaltspflicht, so behandelt wird, wie wenn die Ehe zur Zeit der Nichtigkeitserklärung oder der Auflösung geschieden und der bösgläubige Ehegatte für allein schuldig erklärt worden wäre [3] (§ 1345 B.G.B.). S. hierüber unter II.

3. Was den Übergang aus dem alten zum neuen Recht betrifft, so können hier nur diejenigen Fälle in Betracht kommen, in denen die Nichtigkeitserklärung der Ehe nach dem Inkrafttreten des B.G.B. erfolgt. Ist diese Erklärung vorher erfolgt, so richtet sich die Auseinandersetzung naturgemäß nach dem alten Recht (§ 20 Güterstandsgesetz). Erfolgt die Nichtigkeitserklärung einer alten Ehe nach dem Inkrafttreten des B.G.B., so bestimmen sich die Folgen der Nichtigkeit ebenfalls ausschließlich nach dem früheren Recht, denn nach Art. 198 Abs. 1 E.G. z. B.G.B. bestimmt sich die Gültigkeit einer alten Ehe grundsätzlich nach dem alten Recht.[4] Dasselbe gilt auch im Verhältnis zu Dritten bez. der vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Ansprüche. Hinsichtlich der später entstandenen Ansprüche muß jedoch das neue Recht zur Anwendung kommen.

II. Scheidung der Ehe.

1. Der Einfluß der Ehescheidung auf die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten war im alten Recht sehr bestritten. Fest stand, daß die Gütergemeinschaft oder Gütereinheit mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils für die Zukunft beendet wurde. Ebenso war seit dem Jahre 1879 [5] allgemein anerkannt, daß gegen den schuldigen Ehegatten die römisch-rechtlichen Ehescheidungsstrafen zur Anwendung zu kommen hatten. Dagegen war es sehr streitig, in welcher Weise bei Anwendung der Ehescheidungsstrafen die Auseinandersetzung unter den Ehegatten zu erfolgen hatte. Nach der herrschenden Ansicht waren zunächst die Schulden des Samtguts zu berichtigen. Der dann ermittelte Aktivbestand wurde derartig auseinandergesetzt, daß jeder Ehegatte sein Eingebrachtes und Angeerbtes herausbekam und der Mann die Errungen-

---

3) Vgl. Dernburg IV S. 67; Planck IV § 1345 Anm. 1. S. auch über die Ausübung dieses Rechtes des Ehegatten § 1347 B.G.B.

4) Vgl. Mot. zum I. Entw. d. E.G. z. B.G.B. S. 279; Habicht S. 531; Planck VI Art. 198 Anm. 5.

5) Infolge der Erkenntnisse des Hamb. Obergerichts und des Oberappellationsgerichts Lübeck in Sachen Wellmann kontra Wellmann in Beibl. 1879 Nr. 61 und 118. Dies hatte schon Cropp bei Heise und Cropp II S. 578 vertreten, dagegen Baumeister II S. 108. Über die Ehescheidungsstrafen selbst vgl. Windscheid, Pand. II § 510.



schaft behielt.[6] Reichte der Aktivbestand hierfür nicht aus, so wurde der Fehlbetrag nach Verhältnis des beiderseitigen Vermögens geteilt. Nach Feststellung der Summen wurden dem Anteil des Schuldigen die Ehescheidungsstrafen auferlegt.

Im Falle der Scheidung erfolgte auch eine Ausgleichung unter den Ehegatten insofern, als gewisse Schulden, welche in der Person eines Ehegatten entstanden, aber dem Samtgut zur Last gefallen waren, z. B. Prozeßkostenforderungen, unter den Ehegatten zu verrechnen waren.[7]

Irgend eine Alimentationspflicht bestand unter den geschiedenen Ehegatten nach altem Recht nicht.

2. Nach dem neuen Recht ist mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils die Gütergemeinschaft von selbst beendet. Dann findet die Auseinandersetzung grundsätzlich ebenso statt, wie im § 123 für den Fall der Auflösung der Gütergemeinschaft bei bestehender Ehe ausgeführt worden ist, d. h. das vorhandene Gesamtgut wird nach Abzug der Schulden in zwei Hälften geteilt.[8] [9] Besondere Bestimmungen sind gegeben für den Fall, daß einer der Ehegatten allein für schuldig erklärt worden ist oder die Scheidung wegen Geisteskrankheit des andern durchgesetzt hat.

a) In diesem Falle kann der schuldlose Gatte oder der Vertreter des Geisteskranken verlangen, daß statt der gewöhnlichen Auseinandersetzung jedem Gatten der Wert dessen zurückerstattet wird, was er in die Gütergemeinschaft eingebracht hat (§ 1478 B.G.B.). Als eingebracht gilt, was dem Ehegatten bei Eingehung der Ehe gehört und was er von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erworben hat, außer wenn der Erwerb den Umständen nach zu den Einkünften zu rechnen ist. Reicht das Gesamtgut zur Rückerstattung nicht

6) Vgl. Cropp a. a. O. II S. 578; Beibl. 1879 Nr. 118; 1890 Nr. 107. Das O.L.G. erklärte diese Ansicht sowohl aus dem Gesichtspunkte der Gütereinheit, als demjenigen des Alleineigentums des Mannes. Niemeyer (S. 357) wollte in Übereinstimmung mit Stobbe (Privatrecht IV S. 296) ebenso, jedoch die Errungenschaft unter den Ehegatten nach Verhältnis ihres Vermögens, Goldfeld (Hamb. ehel. Güterrecht S. 53) die ganze vorhandene Aktivmasse nach Hälften teilen.

7) Vgl. Niemeyer S. 359; Beibl. 1890 Nr. 107.

8) §§ 1478 Abs. 2, 1520, 1521, 1522, 1523 B.G.B. kommen nicht in Betracht. § 1524 ist ausgeschlossen, da der Wert zur Zeit der Einbringung entscheidet.

9) In diesem Stadium besteht für den Mann eine Kostenvorschußpflicht nicht mehr (Beibl. 1905 Nr. 161).

aus, so hat jeder Gatte die Hälfte des Fehlbetrages zu tragen. Das Recht der Wahl zwischen der gewöhnlichen Art der Auseinandersetzung und der hier hervorgehobenen kann bis zur Beendigung der Teilung ausgeübt werden.

b) Eingehend ist im neuen Recht die Unterhaltspflicht unter den geschiedenen Ehegatten geregelt. Danach hat grundsätzlich der für schuldig erklärte Mann seiner geschiedenen Frau Unterhalt insofern zu gewähren, als sie ihn nicht aus den Einkünften ihres Vermögens und unter Umständen aus dem Ertrage ihrer Arbeit bestreiten kann. Die für schuldig erklärte Frau hat dem geschiedenen schuldlosen Mann den standesgemäßen Unterhalt insoweit zu gewähren, als er außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. Dem schuldlosen Ehegatten wird derjenige, wegen dessen Geisteskrankheit die Ehe geschieden ist, gleichgestellt (§ 1583 B.G.B.). Im übrigen ist hierüber zu vergleichen §§ 1578 ff. B.G.B. und Dernburg IV S. 92 ff.

c) Wenn ein Gatte allein für schuldig erklärt ist, kann der andere Ehegatte Schenkungen, die er ihm während des Brautstandes oder während der Ehe gemacht hat, widerrufen (§ 1584 Abs. 1 B.G.B.).

3. Ist eine Ehe vor dem 1. Januar 1900 geschieden, so richtet sich die Auseinandersetzung nach dem alten Recht (§ 20 Güterstandsges.). Dagegen erfolgen nach Art. 201 E.G. z. B.G.B. die Scheidung und die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft von dem Inkrafttreten des B.G.B. an nach dessen Vorschriften. Dies bezieht sich auch auf die Wirkungen der Ehescheidung. Kraft Reichsrechts tritt also unter den nach dem 1. Januar 1900 geschiedenen Gatten die Unterhaltspflicht des B.G.B. und das Recht zum Widerruf der Schenkungen ein, welches nach früherem Recht für alle Ehegatten stets bestand. Weiter sind die Ehescheidungsstrafen des alten Rechts seit dem Inkrafttreten des B.G.B. fortgefallen.

Keine Wirkung der Ehescheidung, sondern eine Folge des Güterstandes ist die Vermögensauseinandersetzung unter den Ehegatten. Dieselbe richtet sich nach dem Güterrecht, soweit dieses übergeleitet ist, nach dem übergeleiteten Recht. Es kommen also die Vorschriften des B.G.B. über die Auseinandersetzung der allgemeinen Gütergemeinschaft im Falle der Scheidung zur Anwendung, falls die Ehe nach dem 1. Januar 1900 geschieden wird.[10]

10) Vgl. Beibl. 1903 Nr. 55.



Soweit Ersatzansprüche unter neuem Recht entstanden sind, kommen sie bei der Auseinandersetzung zur Verrechnung. Bestehen aus der Zeit vor dem 1. Januar 1900 noch selbständige Forderungen unter den Ehegatten, z. B. ist die Frau im Prozeß unter den Ehegatten zur Tragung der Kosten verurteilt worden, so kann der Mann, soweit das Gesamtgut diese Kosten bezahlt hat, dieselben zur Verrechnung bringen.[11]

III. Tod eines Ehegatten.

Eine Aufhebung der Gütergemeinschaft tritt nach altem wie neuem Recht im Falle des Todes eines Ehegatten regelmäßig nur bei unbeerbter Ehe ein, d. h. wenn beim Tode kein gemeinschaftlicher[12] Abkömmling beider Ehegatten vorhanden ist.

1. In diesem Falle wurden nach altem Recht von dem vorhandenen Vermögen, und zwar dem Samtgut und dem Sondergut, falls die Frau über letzteres nicht testiert hatte,[13] zunächst die Schulden berichtigt. Von dem Reste erhielten der Mann $^2/_3$, die Erben der Frau $^1/_3$, während die überlebende Frau die Hälfte und die Erben des Mannes ebenfalls eine Hälfte erhielten. Der überlebende Ehegatte konnte vor der Abteilung den Genuß des Trauerjahres, d. h. Wohnung und Unterhalt für sich und das Gesinde und bei nicht unerheblichem Vermögen auch Trauerkleidung beanspruchen. Das Recht des überlebenden Ehegatten stellte sich nicht als ein Erbrecht, sondern als ein aus dem Güterrecht folgendes Anteilsrecht dar. Doch wurde der überlebenden Frau in bezug auf die Schuldenhaftung die Rechtswohltat des Inventars gegeben, während der Mann für die Samtgutsschulden stets aufkommen mußte. Die Konstruktion des Rechtes der Erben des verstorbenen Ehegatten war sehr bestritten, was namentlich für die Haftung der Erben gegenüber den Gläubigern von Bedeutung war.[14] Nach der verbreitetsten Ansicht waren sie nicht Miterben des überlebenden Ehegatten, sondern hatten sie nur einen Anspruch auf Abteilung, d. h. Auskehrung ihres Anteils am Samtgut.

Bei unbeerbter Ehe mußte der Ehemann seiner Frau die statutarische Portion hinterlassen, im übrigen konnte er frei von Todes

11) S. oben § 120 I 2; Beibl. 1890 Nr. 107.

12) Zu den gemeinschaftlichen gehören auch die eingekindschafteten Kinder (§ 15 Abs. 1 Güterstandsges.).

13) Vgl. § 118 II.

14) Vgl. über diese Streitfragen, welche für das geltende Recht praktische Bedeutung nicht mehr haben, Baumeister II S. 244; Cropp in Heise und Cropp II S. 536, 573—577; Goldfeld, Hamb. ehel. Güterrecht S. 94 ff.

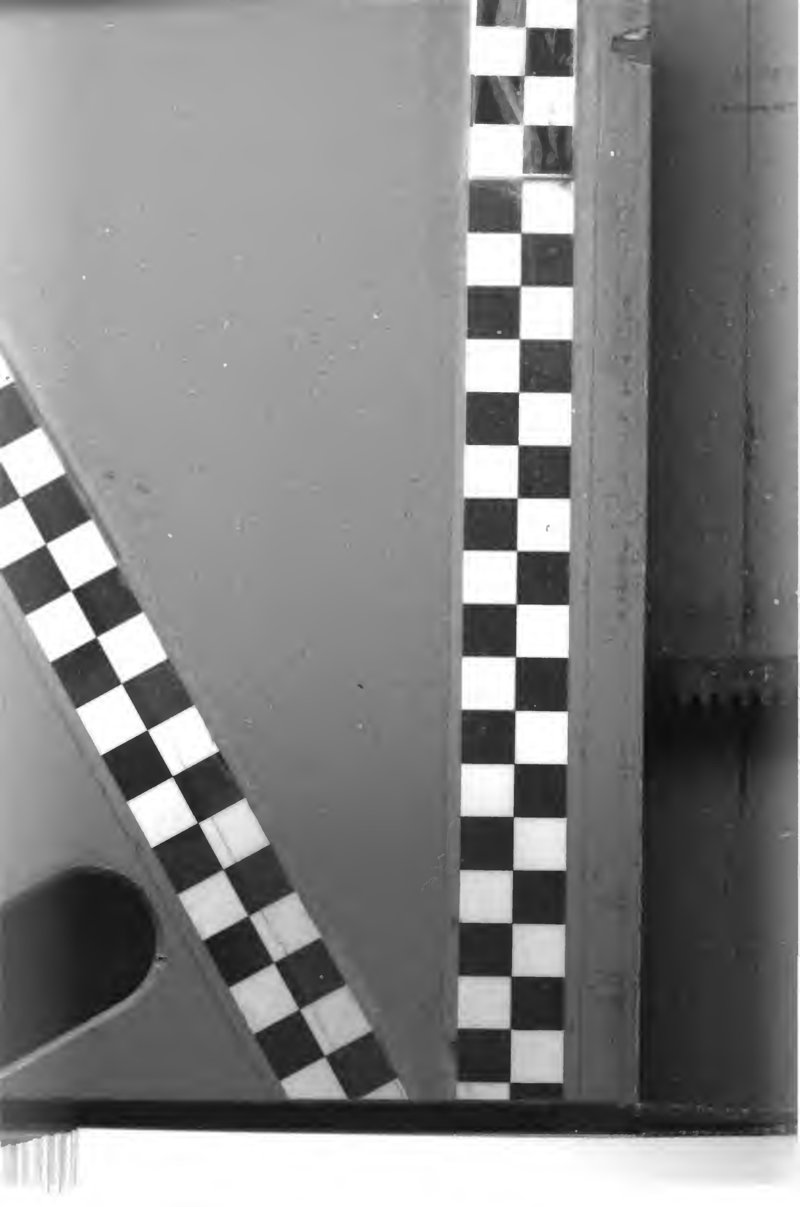
wegen verfügen. Dagegen konnte die Frau nur mit Zustimmung ihres Mannes über ihre statutarische Portion letztwillig verfügen;[15] nur über ihr Sondergut konnte die Frau frei verfügen, auch brauchte sie ihrem Manne die statutarische Portion hiervon nicht zu hinterlassen.

2. Nach dem neuen Recht tritt nach dem Tode eines Ehegatten die Auseinandersetzung ein, wie sie im § 123 dargestellt ist. An die Stelle des verstorbenen Ehegatten treten dessen Erben, sie haben dieselben Rechte, welche bei einer Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft unter lebenden Ehegatten jeder Ehegatte hat, d. h. sie treten bis zur vollzogenen Auseinandersetzung in das Gesamteigentumsverhältnis ein (§ 1482 B.G.B.). Dies ist eine Gemeinschaft in Ansehung des Gesamtguts, keine Erbengemeinschaft.[16] Abweichend vom alten Recht wird der sich bei der Auseinandersetzung ergebende Aktivbestand in zwei gleiche Hälften geteilt. Das Recht des überlebenden Ehegatten beruht auf seinem Gesamteigentum, das Recht der Erben des Verstorbenen auf dem Erbrecht. Letztere erben außer dem Anteil des Verstorbenen am Gesamtgut dessen Vorbehalts- und Sondergut. Zu den Erben des Verstorbenen gehört auch der überlebende Ehegatte (§§ 1931 ff. B.G.B.). Er hat ein Pflichtteilsrecht (§§ 2303 ff. B.G.B.). Die Testierbefugnis der Ehegatten über ihren Anteil ist bei unbeerbter Ehe, abgesehen von den Pflichtteilsrechten, ganz unbeschränkt. Einer Zustimmung des Mannes bedarf die Frau zum Testieren nicht.

3. Tritt der Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod bei unbeerbter Ehe nach dem 1. Januar 1900 ein, so kommt das neue Recht für die Auseinandersetzung und das Rechtsverhältnis des überlebenden Ehegatten gegenüber den Erben des Verstorbenen und den Gläubigern zur Anwendung. Insbesondere kommt der Genuß des Trauerjahres in Wegfall.

4. Ein nach dem Inkrafttreten des B.G.B. errichtetes Testament eines Ehegatten unterliegt in bezug auf Form, Inhalt und Wirkung dem neuen Recht. Dagegen richtet sich ein vor dem 1. Januar 1900 errichtetes Testament in bezug auf seine Form nach dem alten Recht (Art. 214 E.G. z. B.G.B.). Insbesondere ist ein Testament, welches von der Frau ohne Zustimmung des Mannes in bezug auf das Gesamtgut errichtet ist, ungültig, auch wenn die Frau erst unter dem

15) Vgl. Beibl. 1890 Nr. 101.
16) Vgl. Beibl. 1904 Nr. 105.



neuen Recht stirbt. Die Frau kann aber unter neuem Recht ein Testament ohne Zustimmung ihres Mannes errichten. Sie kann, auch wenn ein gültiges altrechtliches Testament vorliegt, ohne Zustimmung ihres Mannes ein Testament errichten, welches mit dem ersten in Widerspruch steht und dasselbe ganz oder teilweise aufhebt. Der Inhalt der Verfügung wird bei einem unter neuem Recht erfolgten Todesfall stets nach diesem Recht beurteilt.[17] Es kommt lediglich darauf an, ob die im neuen Recht anerkannten Pflichtteilsrechte in dem unter altem Recht errichteten Testament gewahrt sind. Andererseits ist es gleichgültig, ob das Recht auf die statutarische Portion nach dem alten Recht in der Verfügung gewahrt ist.

IV. Todeserklärung eines Ehegatten.

1. Durch die gerichtliche Todeserklärung wurde nach altem Recht bei unbeerbter Ehe die Ehe aufgelöst und damit die Gütergemeinschaft ebenso aufgehoben wie im Todesfalle.[18]

2. Nach neuem Recht ist es bestritten, ob durch die Todeserklärung oder erst durch die Wiederverheiratung des andern Ehegatten die Gütergemeinschaft aufgelöst wird.[19] Da nach § 18 B.G.B. der für tot Erklärte als tot gilt und seine Erbschaft eröffnet wird, so erhalten die Erben des für tot Erklärten ein Recht auf den Nachlaß des für tot Erklärten. Eine Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit den Erben widerspricht dem Gesetz. Daher muß mit der Todeserklärung die Auflösung der Gütergemeinschaft eintreten. Ergibt sich nachträglich, daß der verschollene Ehegatte überhaupt nicht oder nicht zu der in der Todeserklärung festgesetzten Zeit gestorben ist, so unterliegt dies alles der Verbesserung nach der wahren Sachlage.

3. Mithin ist der Grund dieser Auflösung der Gütergemeinschaft nach altem und neuem Recht der gleiche. Ob die Auseinandersetzung nach dem alten oder dem neuen Recht stattfindet, hängt vom Todestag ab, welcher in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellt ist (§ 18 B.G.B.). Liegt dieser Todestag vor dem 1. Januar 1900, so kann die Ehe als eine beim Inkrafttreten des B.G.B. noch bestehende im Sinne des Güterstandsgesetzes nicht angesehen werden. Sie ist als eine vor dem

17) Vgl. Habicht S. 729.

18) Vgl. Revid. Verordn. in betreff der Todeserklärung verschollener Personen vom 14. Juli 1879 (Wulff 1. Aufl. II S. 336) § 14; Mot. z. Entw. I des B.G.B. IV S. 19. S. auch § 14.

19) Vgl. Dernburg IV S. 192; Planck IV zu §§ 1468, 1469 Anm. 1; Kisch S. 873.

1. Januar 1900 aufgelöste anzusehen und hat sich, soweit nicht beim Vorhandensein von Abkömmlingen eine fortgesetzte Gütergemeinschaft besteht, die Auseinandersetzung nach dem alten Recht zu bestimmen (§§ 20, 21 Güterstandsges.). Dies ist von besonderer Bedeutung für die Quotenberechnung. Dagegen muß das neue Recht Anwendung finden, wenn der Todestag nach dem Inkrafttreten des B.G.B. liegt.

§ 125. Die Fortsetzung der Gütergemeinschaft im Allgemeinen.

I. Für den Fall der beerbten Ehe, d. h. falls beim Tode eines Ehegatten gemeinschaftliche Abkömmlinge vorhanden sind, tritt nach altem wie neuem Recht keine Auflösung, sondern eine Fortsetzung der Gütergemeinschaft des überlebenden Ehegatten mit den gemeinschaftlichen Abkömmlingen ein. Die letzteren treten an die Stelle des verstorbenen Ehegatten, die Verwaltung des Gesamtguts ruht in der Hand des überlebenden Ehegatten, und bei der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft erfolgt die Auseinandersetzung auf Grund des Bestandes, welchen das Gesamtgut in diesem Zeitpunkte, nicht im Zeitpunkte des Eintritts der Gütergemeinschaft hat.

1. Die rechtliche Konstruktion der fortgesetzten Gütergemeinschaft war im alten Recht außerordentlich streitig. Die verschiedenen Theorien beruhten naturgemäß auf den jeweiligen Ansichten über das Rechtsverhältnis bei bestehender Ehe. Diejenigen, welche für die eheliche Gütergemeinschaft die Gemeinschaftstheorie vertreten, charakterisieren auch die fortgesetzte Gütergemeinschaft als eine wahre Gemeinschaft der Güter zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Abkömmlingen, wobei ersterer die Verwaltung des Samtguts übernimmt; teils wird diese Gemeinschaft als ein reines Miteigentum,[1] teils als ein Gesamteigentum[2] dargestellt. Diesen Theorien ist diejenige nahe verwandt, welche die fortgesetzte Gütergemeinschaft des alten Rechts als eine Gütergemeinschaft von Todes wegen auffaßt.[3] Nach Cropp[4] und Gries[5] war die fortgesetzte Gütergemeinschaft überhaupt keine

---

1) Vgl. Goldfeld, Hamb. ehel. Güterrecht S. 63 ff.
2) Vgl. Niemeyer S. 372; Wulff 1. Aufl. II S. 190; Stobbe, Deutsches Privatrecht IV S. 236; Schröder, Geschichte des ehel. Güterrechts III S. 146 ff., 172 ff.
3) Vgl. Entw. des Hans. O.L.G. betr. das Güterstandsges. S. 14, 18.
4) A. a. O. II S. 524 ff., 571.
5) A. a. O. II S. 69.



wahre Gemeinschaft der Güter, sondern nur eine äußerliche Gütereinheit, nach Baumeister[6] hatte, wie bei bestehender Ehe, der überlebende Ehegatte das Alleineigentum an dem Samtgut. Die Praxis hat sich einer bestimmten Theorie überhaupt nicht angeschlossen, sondern sich begnügt, einzelne Rechtssätze aufzustellen. Danach wird allgemein das Recht des überlebenden Ehegatten nicht aus dem Erbrecht, sondern aus dem ehelichen Güterrecht abgeleitet,[7] ferner werden den Kindern keine gegenwärtigen Anteilsrechte an dem Samtgut eingeräumt.[8] Ob die Kinder als Miterben hinsichtlich des Nachlasses des verstorbenen Ehegatten anzusehen waren, war sehr bestritten. Beim Tode der Frau wurde dies durchweg verneint, während beim Tode des Mannes die Praxis in Übereinstimmung mit Baumeister, namentlich in der letzten Zeit der Herrschaft des alten Rechts, eine Miterbenqualität angenommen hat.

Auf die zahlreichen Streitfragen des alten Rechts der fortgesetzten Gütergemeinschaft braucht nicht eingegangen zu werden. Es handelt sich hier bloß um solche Ehen, bei denen die fortgesetzte Gütergemeinschaft erst nach dem 1. Januar 1900 eintritt, grundsätzlich also das Recht der fortgesetzten Gütergemeinschaft sich nach dem neuen Recht bestimmt (§ 1 Güterstandsges., §§ 1483—1517 B.G.B.).

2. Die bei den bestehenden alten Ehen im Falle der beerbten Ehe **nach dem 1. Januar 1900 eintretende fortgesetzte Gütergemeinschaft ist eine Gemeinschaft zur gesamten Hand. Das bisherige auf dem Gesamthandsprinzip beruhende Gemeinschaftsverhältnis wird zwischen den Abkömmlingen und dem überlebenden Ehegatten fortgesetzt,[9] nur mit dem Unterschiede, daß der überlebende Ehegatte grundsätzlich die Rechte und Pflichten hat, welche während der ehelichen Gütergemeinschaft dem Manne zustehen, während die Abkömmlinge die rechtliche Stellung der Frau erhalten (§ 1487 B.G.B.). Der überlebende Ehegatte und die anteilsberechtigten**

6) II S. 111 ff.; vgl. auch Mot. z. Entw. I des B.G.B. IV S. 425.

7) Vgl. Goldfeld S. 67 f.; Niemeyer S. 370; Beibl. 1890 Nr. 138; 1895 Nr. 90; 1901 Nr. 108, 199, 211; 1905 Nr. 103.

8) Vgl. Niemeyer S. 370, 380; Beibl. 1885 Nr. 48; 1889 Nr. 181; 1890 Nr. 15, 57; 1895 Nr. 90; 1897 Nr. 123; 1903 Nr. 107; 1905 Nr. 103, 123.

9) Daher sind nach § 860 Z.P.O. die Anteile des überlebenden Ehegatten und der Abkömmlinge nicht pfändbar.

Abkömmlinge treten in die Gemeinschaft nicht als Erben, sondern als Anteilsberechtigte am Familiengut.[10]

II. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft tritt von Rechts wegen ein, wenn beim Tode des einen Ehegatten gemeinschaftliche Abkömmlinge vorhanden sind, die an sich als gesetzliche Erben berufen sind (§ 1483 Abs. 1 B.G.B.).

1. Es sind dies zunächst die Kinder und Enkel der Ehegatten, ferner uneheliche Kinder einer ehelichen Tochter (§ 1705 B.G.B.), durch nachfolgende Ehe legitimierte (§§ 1719, 1722 B.G.B.), sowie adoptierte Kinder und deren Abkömmlinge, soweit sich die Wirkungen der Kindesannahme auf sie erstrecken (§§ 1749, 1762 B.G.B.).

2. Diesen Abkömmlingen stehen diejenigen aus früheren Ehen gleich, mit denen die Ehegatten einen Einkindschaftsvertrag abgeschlossen haben (§ 15 Abs. 1 Güterstandsges.).

a) Die Einkindschaft ist dem B.G.B. fremd, sie hat sich aber in Hamburg seit dem 17. Jahrhundert eingebürgert und bestand darin, daß bei Eingehung einer zweiten oder folgenden Ehe der parens binubus mit den aus den früheren Ehen stammenden Kindern einen Vertrag abschloß, durch welchen er die früheren den aus der neuen Ehe erwarteten Kindern gleichstellte.[11] Der Einkindschaftsvertrag hatte keine familienrechtlichen Wirkungen, sondern nur eine vermögensrechtliche Bedeutung und wurde nach der herrschenden Meinung als Erbvertrag angesehen.[12. 13] Den eingekindschafteten Kindern gewährt er ein Recht auf

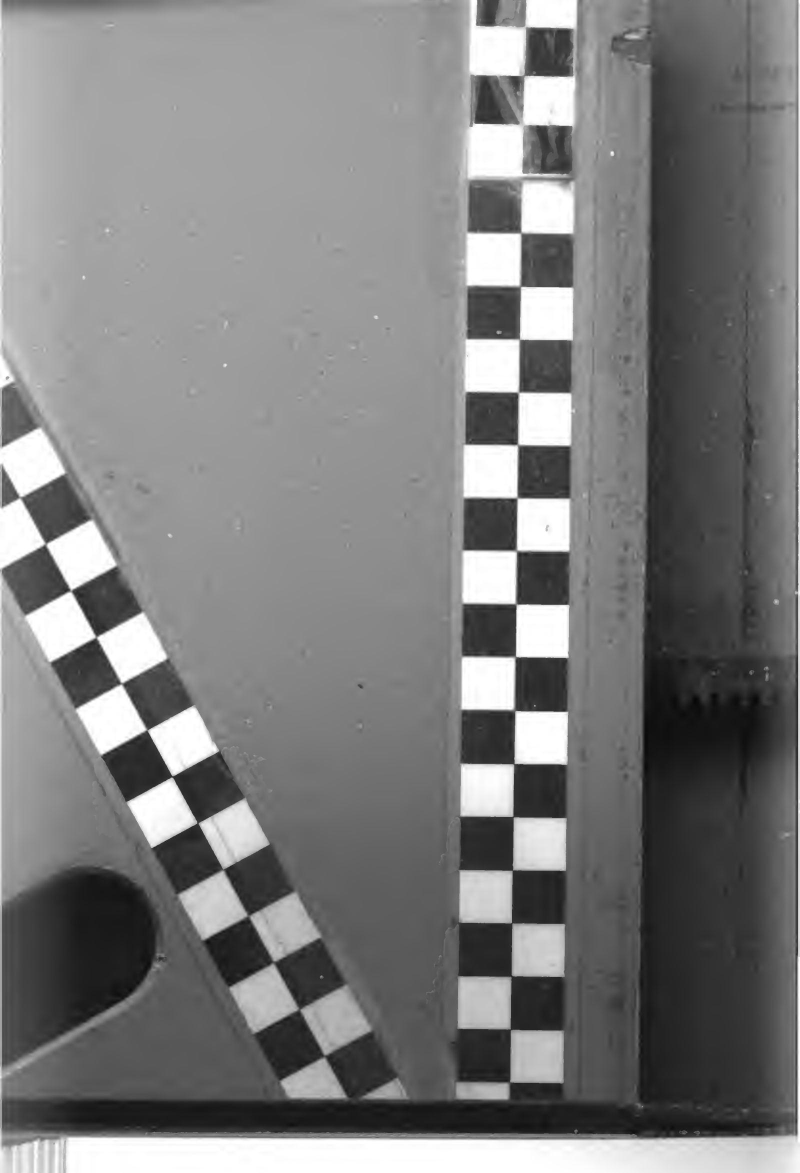
---

10) Vgl. Dernburg IV S. 198. Deshalb kann die Witwe über die auf den Namen des Mannes im Grundbuch eingetragenen Rechte ohne Umschreibung nicht verfügen, auch kann gegen sie eine Zwangsvollstreckung nicht angeordnet werden, wenn das Grundstück noch auf den Namen des Mannes steht. §§ 41 G.B.O. und 17 Z.V.G. greifen hier nicht Platz. So mit Recht Beibl. 1901 Nr. 108, 159, 199, 211; Rechtspr. der O.L.G. 5 S. 291, 6 S. 11; Zentralblatt für freiw. Ger. 1904 S. 116; Amtsger.Samml. 1902 S. 198; 1903 S. 106. A. M. Beibl. 1900 Nr. 229; Amtsger.Samml. 1900 S. 37; 1903 S. 280; Fischer-Schaefer, Zwangsvollstr. in das unbewegl. Vermögen S. 207; Melchior, Grundbuchordnung S. 138.

11) Vgl. im übrigen namentlich Mittelstein, Die Einkindschaft nach Hamb. Recht; Baumeister II S. 149 ff.; Niemeyer S. 437 ff.; Wulff III S. 104 Anm. 9; Vorm.Ordn. v. 14. Dez. 1883 Art. 32—34 (Wulff 1. Aufl. II S. 349 ff.).

12) Art. 209 E.G. z. B.G.B., nach welchem das alte Recht für die rechtliche Stellung legitimierter oder adoptierter Kinder maßgebend bleibt, hat für die eingekindschafteten Kinder des alten Hamburgischen Rechts mithin keine Bedeutung. Denn eine Familienvereinigung wurde nach Hamburgischem Recht durch die Einkindschaft nicht hervorgerufen (Amtsger.Samml. 1903 S. 198).

13) Vgl. Entsch. des R.G. VI S. 164 ff.



die Intestatportion und den Pflichtteil.[14] Dieses Recht soll den eingekindschafteten Kindern erhalten bleiben.[15] An der rechtlichen Zulässigkeit der Vorschrift des § 15 Abs. 1 des Güterstandsges. ist nicht zu zweifeln,[16] da der Einkindschaftsvertrag als Erbvertrag anzusehen ist und die Bindung durch einen solchen Vertrag auch unter dem neuen Recht erhalten geblieben ist (Art. 214 Abs. 2 E.G. z. B.G.B.).

b) Da der Abschluß eines Einkindschaftsvertrages nach neuem Recht unzulässig ist, ist eine einem Ehegatten vertraglich auferlegte Verpflichtung, für den Fall der Abschließung einer zweiten Ehe einen solchen Vertrag abzuschließen, mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts hinfällig geworden. Der Ehegatte muß statt dessen die Auseinandersetzung mit den Kindern herbeiführen.

c) Die Gleichstellung der eingekindschafteten mit den gemeinschaftlichen Abkömmlingen bezieht sich nur auf die gütergemeinschaftlichen Beziehungen. Aber auch hier gelten die eingekindschafteten Kinder nicht als gemeinschaftliche bei gewissen Verrechnungen von Zuwendungen, die aus dem Gesamtgut zu ihren Gunsten gemacht worden sind, unter den Ehegatten. Dies kommt namentlich für die Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft und die Nachlaßverteilung in Betracht. Die Zuwendungen, welche dem eingekindschafteten Kinde gemacht worden sind, fallen in diesen Fällen durchweg dem betreffenden Ehegatten ausschließlich zur Last, von welchem das Kind abstammt (§§ 1465, 1505, 2054, 2331 B.G.B., § 15 Abs. 2 Güterstandsges.). S. § 120 II 4, diesen Paragraphen V 2.

3. Als anteilsberechtigte Abkömmlinge kommen nicht in Betracht:

a) erbunwürdige Abkömmlinge;

b) Abkömmlinge, welche auf ihren Anteil am Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft verzichtet haben (§ 1517 B.G.B.);

c) Abkömmlinge, welche in zulässiger Weise von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossen worden sind (§ 1511 B.G.B.).

III. Ist der unter II geschilderte Fall gegeben, so tritt die fortgesetzte Gütergemeinschaft bez. des Gesamtguts ein. Eine Auseinander-

14) Über das Recht des Stiefparens, der eingekindschaftet hat, das dem eingekindschafteten Kinde zustehende Erbrecht auf den Pflichtteil zu beschränken oder das Kind aus gesetzlichen Gründen zu enterben, vgl. Beibl. 1897 Nr. 15; 1903 Nr. 154; Entsch. des R.G. VI S. 163.

15) Über die Beerbung der eingekindschafteten Kinder s. unten S. 718.

16) Vgl. Habicht S. 616; Beibl. 1903 Nr. 154.

setzung findet nicht statt. Der Anteil des verstorbenen Ehegatten gehört nicht zu seinem Nachlasse, sondern zum Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Dagegen gehört das Sondergut und das Vorbehaltsgut des Verstorbenen zu seinem Nachlasse und fließt nach den Vorschriften des Erbrechts den Erben des Verstorbenen zu.

IV. Eine Ausnahme von dem Grundsatze, daß das Gesamtgut der ehelichen Gemeinschaft unverändert in das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft übergeht, tritt ein, wenn neben den gemeinschaftlichen andere Abkömmlinge, einseitige des Verstorbenen, vorhanden sind (§ 1483 Abs. 2 B.G.B.).

1. In diesem Falle gilt für die gemeinschaftlichen Abkömmlinge, was unter III ausgeführt ist, mit ihnen wird also von dem überlebenden Ehegatten die Gütergemeinschaft fortgesetzt.

2. Im Verhältnis der einseitigen Abkömmlinge zum überlebenden Ehegatten und zu den gemeinschaftlichen Abkömmlingen wird es so angesehen, als wenn fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten wäre. Hinsichtlich der einseitigen Abkömmlinge wird also eine Verteilung des Nachlasses des verstorbenen Ehegatten nach den Vorschriften des Erbrechts vorgenommen. Der Nachlaß des Verstorbenen besteht aus seinem Anteile am Gesamtgut, seinem Sonder- und Vorbehaltsgut. Erbrecht und Erbteile der einseitigen Abkömmlinge bestimmen sich nach den Grundsätzen des Erbrechts.

3. Sind einseitige Abkömmlinge unter dem früheren Recht abgeteilt worden und gemeinschaftliche Abkömmlinge aus der Ehe vorhanden, so haben die Abgeteilten keinen Anspruch an das Gesamtgut. Der auf sie entfallende Anteil fällt in das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft.[17]

V. Eine teilweise Auseinandersetzung muß auch bei Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft stattfinden.

1. Sie erfolgt einmal hinsichtlich des Sonder- und Vorbehaltsguts des verstorbenen Ehegatten und dann beim Vorhandensein einseitiger Abkömmlinge hinsichtlich der Regulierung von deren Erbteilen. Ersatzansprüche, welche zwischen dem Gesamtgut und dem Vorbehalts- oder Sondergut bestehen, müssen trotz Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft sofort erfüllt werden.[18]

17) Vgl. Beibl. 1900 Nr. 100, 137; 1904 Nr. 58.
18) Vgl. Planck IV § 1483 Anm. III 1.



2. Die Vorempfänge sind bei dieser Auseinandersetzung von den Abkömmlingen des verstorbenen Ehegatten nach den für die Ausgleichung unter Abkömmlingen geltenden Vorschriften (§§ 2050—2057 B.G.B.) zur Ausgleichung zu bringen.[19] Dabei gilt eine Zuwendung, die einem gemeinschaftlichen Abkömmling aus dem Gesamtgut gemacht ist, als von jedem der Ehegatten zur Hälfte gemacht. Zuwendungen an einen einseitigen Abkömmling oder wegen deren ein Ehegatte zu dem Gesamtgut Ersatz zu leisten hat, gelten als von diesem Ehegatten gemacht (§ 2054 B.G.B.). Eingekindschaftete Kinder gelten in diesem Sinne nicht als gemeinschaftliche, sondern als einseitige Abkömmlinge[20] (§ 15 Abs. 2 Güterstandsges.). Sind bloß gemeinschaftliche Abkömmlinge vorhanden, so findet die Ausgleichung wegen der Vorempfänge erst bei Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft statt (§ 1503 Abs. 2 B.G.B.).[21]

3. Soweit seitens der gemeinschaftlichen Abkömmlinge in das Sonder- und das Vorbehaltsgut, seitens der einseitigen Abkömmlinge auch in das Gesamtgut eine Beerbung stattfindet, kommen die Vorschriften über die Ergänzung des Pflichtteils (§§ 2325—2331 B.G.B.) zur Anwendung. Der Pflichtteil der gemeinschaftlichen Abkömmlinge wird hier nur in bezug auf das Sonder- und Vorbehaltsgut, derjenige der einseitigen Abkömmlinge auch hinsichtlich des Gesamtguts berechnet. Dabei gelten für die Verrechnung der Zuwendungen, die aus dem Gesamtgut gemacht sind, dieselben Grundsätze, wie unter 2 für die Ausgleichung angegeben wurde (§ 2331 B.G.B.). Eingekindschaftete Kinder gelten auch in dieser Beziehung als einseitige Abkömmlinge[20] (§ 15 Abs. 2 Güterstandsges.).

Hinsichtlich der gemeinschaftlichen Abkömmlinge findet die Ergänzung des Pflichtteils mit Rücksicht auf die Zuwendungen aus dem Gesamtgut erst bei der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft statt (§ 1505 B.G.B.).

4. Soweit ein Erbrecht der Abkömmlinge eintritt, müssen letztere auch für die Verbindlichkeiten des verstorbenen Ehegatten nach den Vorschriften des Erbrechts haften. Nach denselben Bestimmungen können sie die Beschränkung der Haftung auf den Nachlaß herbeiführen.

19) Vgl. im einzelnen die Beispiele bei Planck IV § 1483 Anm. III.
20) S. unter II 2 c.
21) S. unten S. 754 f.

VI. *Während der fortgesetzten Gütergemeinschaft* kann ein anteilsberechtigter *Abkömmling ausscheiden.*

1. Dies kann erfolgen:

a) durch den *Tod* des Abkömmlings (§ 1490 B.G.B.);

b) durch den *Verzicht* des Abkömmlings auf seinen Anteil am Gesamtgut (§ 1491 B.G.B.).

Dieser Verzicht kann wiederum erfolgen:

α) durch *einseitige öffentlich beglaubigte Erklärung* des Abkömmlings gegenüber dem für den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten zuständigen Gerichte;[22]

β) durch einen *notariell beurkundeten*[23] *Vertrag* des Abkömmlings mit dem überlebnden Ehegatten und den anderen Abkömmlingen. Steht der Abkömmling unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft, so ist zu dem Verzicht die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich (§ 1491 Abs. 3 B.G.B.).

2. Das *Gesamtgut* bleibt von dem Ausscheiden eines Abkömmlings grundsätzlich *unberührt*. Eine Beerbung des verstorbenen Abkömmlings hinsichtlich seines Anteils am Gesamtgut findet insbesondere nicht statt.[24]

a) *Hinterläßt der verstorbene Abkömmling* seinerseits *Abkömmlinge*, die anteilsberechtigt sein würden, wenn er den verstorbenen Ehegatten nicht überlebt hätte, so *treten* diese an seiner Stelle *in die fortgesetzte Gütergemeinschaft ein.*

b) *Hinterläßt er keine Abkömmlinge* oder *verzichtet ein Abkömmling* auf seinen Anteil am Gesamtgut, so *wächst sein Anteil* nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung *den übrigen* anteilsberechtigten Abkömmlingen, wenn solche nicht vorhanden sind, dem überlebenden Ehegatten zu (§§ 1491, 1490 B.G.B.).

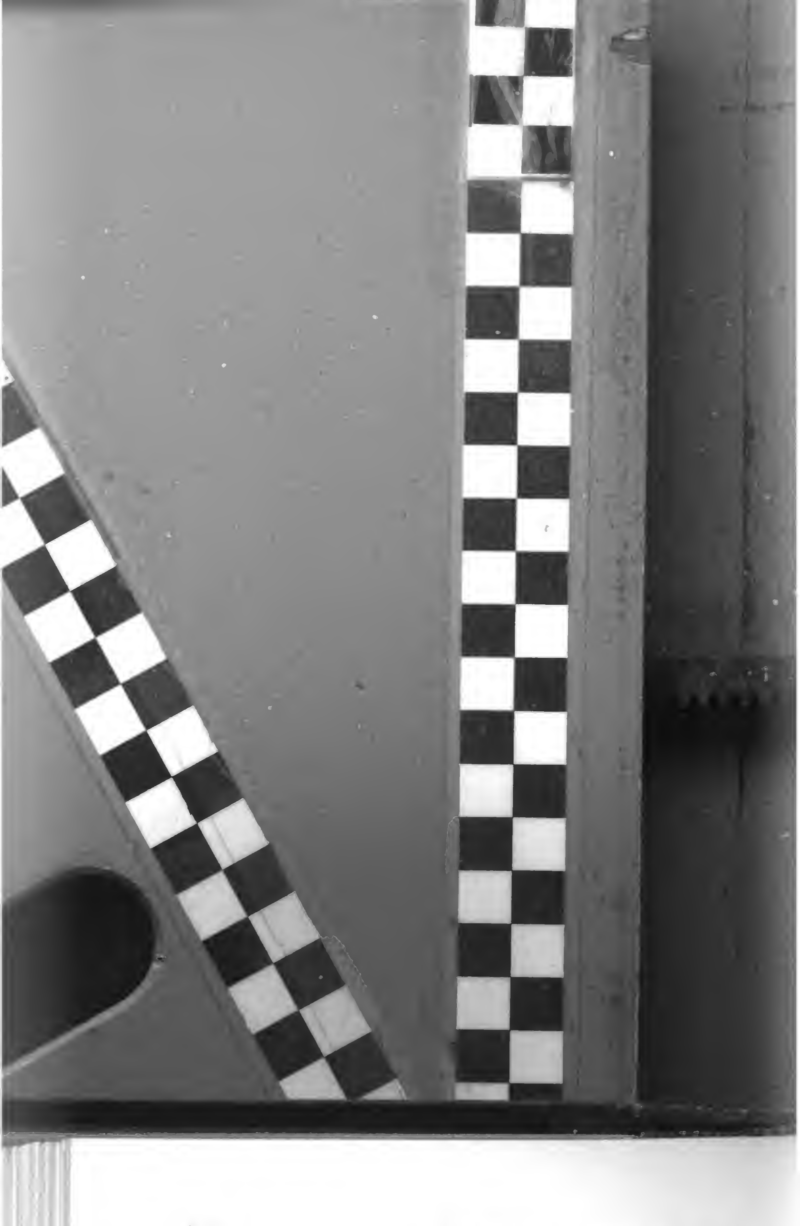
c) Eine *Abfindung*, welche einem Abkömmling für seinen Verzicht aus dem Gesamtgut gewährt worden, wird, falls der Ehegatte mit den übrigen Abkömmlingen anderes nicht vereinbart hat, bei der Aus-

---

22) Diese Erklärung ist regelmäßig öffentlich zu beglaubigen. Doch ist in diesem Falle das Amtsgericht befugt, die Erklärung selbst zu beurkunden (§ 16 Hamb. F.G.G.). Das Amtsgericht soll die Erklärung dem überlebenden Ehegatten und den andern Abkömmlingen mitteilen.

23) Vgl. § 8 Hamb. F.G.G. (Wulff III S. 222).

24) Der überlebende Ehegatte des Abkömmlings erhält hiernach gar nichts aus dem Gesamtgut.



einanderſetzung den Abkömmlingen auf ihre Hälfte am Geſamtgut angerechnet (§ 1501 B.G.B.). Sie fällt denjenigen Abkömmlingen zur Laſt, denen der Verzicht zuſtatten kommt (§ 1503 Abſ. 3). Wird eine abweichende Abmachung vor der Auseinanderſetzung getroffen, ſo bedarf ſie der notariellen [23] Beurkundung.

3. In das ſonſtige Vermögen der Abkömmlinge findet beim Tode derſelben die regelmäßige Erbfolge ſtatt.

In Einkindſchaftsverträgen wurde früher häufig für einzelne Kinder ein Voraus (praecipuum) ausgemacht, welcher pupillariſch belegt werden mußte, um eine Benachteiligung der Kinder zu verhindern. Der Voraus gehört nicht mehr zum Samtgut. Er vererbt ſich unter den bevorzugten Kindern und den ſonſtigen Inteſtat- oder Teſtamentserben [25] (§ 15 Abſ. 3 Güterſtandsgeſ.). Der Anteil der eingekindſchafteten Kinder am Geſamtgut gehört nicht zu ihrem Nachlaß.[26]

§ 126. Die Ausſchließung der fortgeſetzten Gütergemeinſchaft.

Der Eintritt der fortgeſetzten Gütergemeinſchaft erfolgt von Rechts wegen. Doch kann die fortgeſetzte Gütergemeinſchaft von vornherein, und zwar durch bei Lebzeiten beider Ehegatten getroffene Beſtimmungen ausgeſchloſſen werden. Dieſer Ausſchluß bezieht ſich entweder auf die ganze Gütergemeinſchaft oder nur auf die Fortſetzung der Gütergemeinſchaft mit einzelnen Abkömmlingen. Sowohl das alte wie das neue Recht kennen die Ausſchließung der fortgeſetzten Gütergemeinſchaft. Bei den alten Ehen, welche nach dem 1. Januar 1900 aufgelöſt werden, iſt die die Ausſchließung verfügende Beſtimmung häufig unter altem Recht getroffen. Daher ſind die Vorſchriften des alten Rechts hier teilweiſe noch von praktiſcher Bedeutung.

Von großer Wichtigkeit iſt die vom alten Recht abweichende Beſtimmung, daß Anordnungen, welche mit den geſetzlichen Vorſchriften über die fortgeſetzte Gütergemeinſchaft in Widerſpruch ſtehen, von den Ehegatten weder durch letztwillige Verfügung noch

25) Vgl. Vorm.Ordn. v. 14. Dez. 1883 (Wulff 1. Aufl. II S. 359) Art. 33 zu 4. Dieſe Beſtimmung iſt als Teil eines Erbvertrages aufrechterhalten worden (Art. 214 Abſ. 2 E.G. z. B.G.B.). Über die Erbberechtigung bei Einkindſchaften vgl. Beibl. 1894 Nr. 19; 1897 Nr 15, 76. Von der Vorſchrift des Art. 33 der alten Vorm.Ordn. kann abgewichen und das gegenſeitige Erbrecht nicht nur auf das erſt- und zweiteheliche Samtgut beſchränkt, ſondern auch auf die Sondergüter der Kinder erſtreckt werden.

26) Vgl. Amtsger.Samml. 1902 S. 258 ff.

durch Vertrag getroffen werden können (§ 1518 B.G.B.). Dadurch wird insbesondere die Beschränkung der fortgesetzten Gütergemeinschaft auf einen Teil des Gesamtguts, die Beteiligung eines Dritten an dem Gesamtgut durch Einsetzung als Miterbe oder die Belastung der anteilsberechtigten Abkömmlinge hinsichtlich des Gesamtguts mit Vermächtnissen ausgeschlossen. Wollen die Ehegatten derartige Bestimmungen treffen, so bleibt ihnen nur der Weg der Ausschließung der fortgesetzten Gütergemeinschaft offen. Beschreiten sie diesen Weg nicht, so bestimmen sich die Rechte des überlebenden Ehegatten und der Abkömmlinge nach den jeder willkürlichen Abänderung durch die Ehegatten entzogenen gesetzlichen Vorschriften. Dies hat insbesondere auch Bedeutung für die unter altem Recht getroffenen Verfügungen, falls die Ehe unter neuem Recht aufgelöst wird. Soweit diese Verfügungen mit dem neuen Recht in Widerspruch stehen, sind sie unwirksam geworden.

I. Die Ausschließung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft kann durch Ehevertrag erfolgen.

1. Im Ehevertrag des alten Rechts, dem Ehezärter, wurden für den Fall des Ablebens eines Ehegatten Verfügungen in der Regel nur unter der Voraussetzung der Kinderlosigkeit der Ehe getroffen.[1] Der Ehezärter stellt eine Form des Erbvertrags dar. Er wurde mit der Geburt von Kindern hinfällig, aber wieder wirksam, wenn die Kinder vor dem Tode des ersten Ehegatten wieder verstarben.[2] Nur wenn den erwarteten Kindern im voraus der Pflichtteil zugesichert war,[3] blieb der Ehezärter in Kraft. War in diesem Vertrage der andere Ehegatte zum Universalerben bestellt oder auf andere Weise deutlich kundgegeben, daß die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nach dem Tode eines Ehegatten nicht eintreten sollte, so lag der Ausschluß der Gütergemeinschaft vor und fand nach dem Tode eines Ehegatten die Auseinandersetzung statt.

2. Nach dem neuen Recht können die Ehegatten die Fortsetzung der Gütergemeinschaft durch Ehevertrag ausschließen (§ 1508 B.G.B.). Dieser Vertrag kann nicht durch einen gesetzlichen Vertreter geschlossen werden. Der Ehevertag kann bei Eingehung der Ehe oder später ge-

1) Vgl. Baumeister II S. 97 Anm. 21.
2) Vgl. Baumeister II S. 96; Wulff 1. Aufl. II S. 182 Anm. 2; Niemeyer S. 345; Gries II S. 224.
3) Vgl. Baumeister II S. 96; Niemeyer S. 345.



schlossen werden. Der hiernach erfolgende Ausschluß der fortgesetzten Gütergemeinschaft muß, um gegen Dritte wirksam zu werden, im Güterrechtsregister eingetragen werden.[4]

3. Ein unter altem Recht abgeschlossener Ehevertrag, durch welchen die Gütergemeinschaft ausgeschlossen worden ist, hat seine Geltung unter neuem Recht behalten, falls er mit den Vorschriften des neuen Rechts nicht im Widerspruch steht und falls er nach altem Recht wirksam war, d. h. vor der Ehe abgeschlossen war und die Pflichtteilsrechte der Kinder berücksichtigt, oder aber, falls die Kinder, deren Rechte nicht berücksichtigt waren, vor Auflösung der Ehe wieder verstorben sind. Der Ehevertrag wird hinfällig und jeder Ehegatte infolge der Geburt eines Kindes wieder frei, auch wenn die Geburt erst nach dem 1. Januar 1900 erfolgt. An sich richtet sich die Bindung der Ehegatten hier nach dem alten Recht, da es sich um einen Erbvertrag handelt (Art. 214 Abs. 2 E.G. z. B.G.B.).[5]

II. Der wichtigste Fall der Ausschließung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft ist derjenige durch letzwillige Verfügung.

1. Nach altem Recht konnte die Fortsetzung der Gütergemeinschaft durch Testament ausgeschlossen werden.[6]

a) Dies geschah entweder dadurch, daß der überlebende Ehegatte zum Universalerben des Erstverlebenden ernannt und Bestimmungen über die Verteilung des Vermögens nach dem Tode des Überlebenden getroffen wurden, oder dadurch, daß dem überlebenden Ehegatten jedes Recht am Samtgut, abgesehen von seiner statutarischen Portion, entzogen wurde. Denn der auf diese Weise eintretende Rechtszustand ist mit dem Begriff der fortgesetzten Gütergemeinschaft unvereinbar. In einzelnen Fällen kann es aber bei der früheren Ausdrucksweise zweifelhaft sein, was der Testator beabsichtigt hat, da nach dem alten, wie dem neuen Recht der Ehemann auch bei Eintritt der Fortsetzung der Gütergemeinschaft seine

4) Vgl. Planck IV § 1508 Anm. 1; Beibl. 1904 Nr. 15.

5) Vgl. Habicht S. 761 ff.; Beibl. 1903 Nr. 23. Ein durch die Geburt von Kindern hinfällig gewordener Ehevertrag ist nicht etwa mit dem 1. Januar 1900 nach § 5 Güterstandsges. wieder wirksam geworden. Denn letztere Vorschrift setzt voraus, daß der Ehevertrag nach altem Recht von vornherein unwirksam war. Hier aber war der Ehevertrag anfänglich durchaus wirksam, wurde jedoch durch die Geburt von Kindern nachträglich unwirksam. Dann kann er nicht wieder aufleben.

6) Vgl. Baumeister II S. 135; Goldfeld S. 63; Niemeyer S. 417, 427; Beibl. 1901 Nr. 139; 1903 Nr. 22; 1904 Nr. 125; Amtsger. Samml. 1900 S. 143; 1901 S. 277.

Witwe in der Verwaltung des Gesamtguts stark beschränken kann (s. § 129 III 2). Im Zweifel ist davon auszugehen, daß die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht ausgeschlossen werden sollte.[7]

b) Der Mann konnte in einem Testament frei über das Samtgut verfügen, soweit er die statutarische Portion seiner Frau und die Pflichtteilsrechte der Kinder beachtete. Er konnte also die Fortsetzung der Gütergemeinschaft frei ausschließen. Wurde den Kindern unter Verletzung der Pflichtteilsrechte etwas zugewandt, z. B. das Erbrecht nach dem Tode des Längstlebenden, so konnten sie die Ergänzung des Pflichtteils fordern, andernfalls das Testament ganz umstoßen.

Die Frau konnte nur mit Zustimmung des Mannes, und zwar lediglich über ihre statutarische Portion unter Berücksichtigung der Pflichtteilsrechte testieren,[8] also unter dieser Voraussetzung auch die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ausschließen. Für den Fall der Verletzung der Pflichtteilsrechte gilt dasselbe wie für das Testament des Mannes.

c) Häufig errichteten die Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament. Inwieweit dasselbe als korrespektives, d. h. als ein Testament anzusehen ist, dessen Bestimmungen voneinander abhängig sind und miteinander fallen, ist Tatfrage. Die Praxis hat gegenseitige Abhängigkeit der Verfügungen regelmäßig dann angenommen, wenn die Ehegatten zusammen über das Samtgut verfügt oder gemeinschaftlich Bestimmungen über das Vermögen nach dem Tode des Längstlebenden getroffen haben.[9]

Unabhängig hiervon ist die Frage der Widerruflichkeit der korrespektiven Testamente. Von der herrschenden Meinung wurde angenommen, daß auch diese Testamente widerruflich seien und daß die Widerruflichkeit auch nach dem Tode des Erstversterbenden fortdauere.[10]

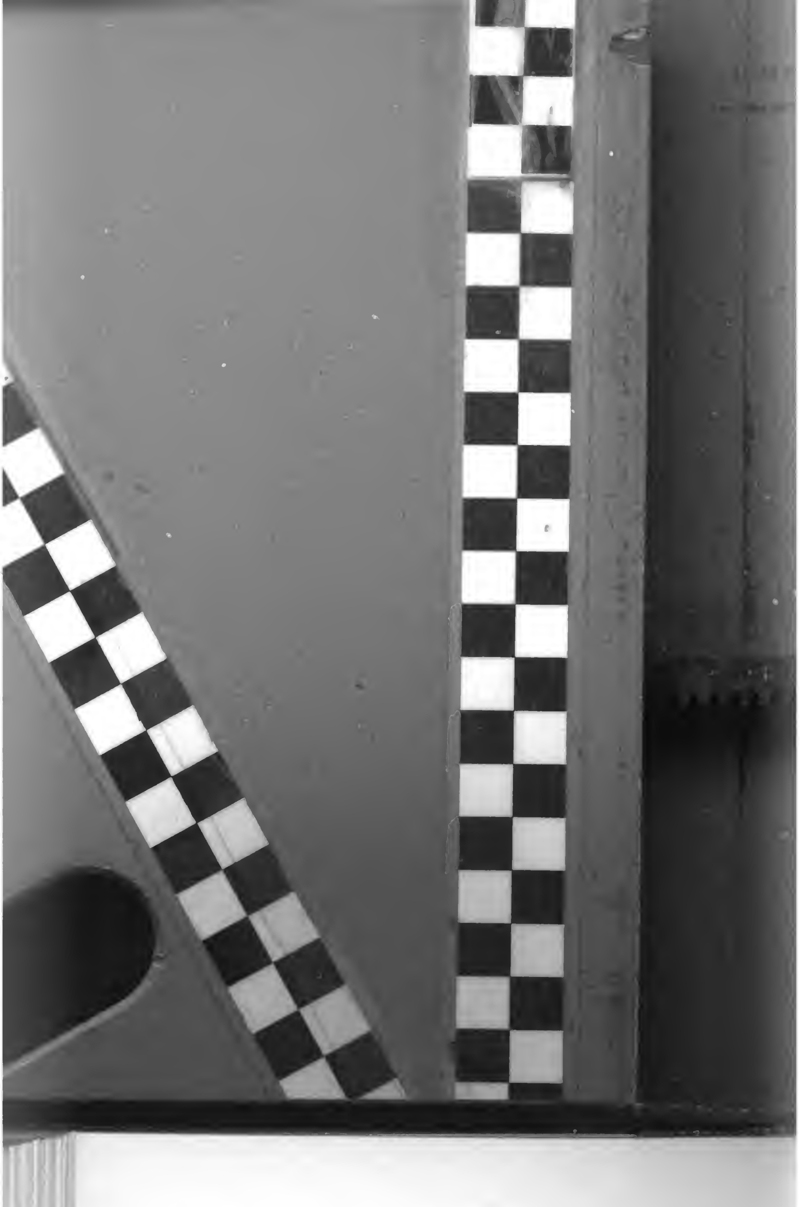
---

7) Die sich häufig in Hamburgischen Testamenten findende Bezeichnung der Witwe und Kinder als „Erben" spricht an sich nicht für die Ausschließung der fortgesetzten Gütergemeinschaft; ebensowenig die Belegung von zum Samtgut gehörigen Geldern auf „Testamentsnamen" und die Ernennung von Testamentsvollstreckern, die der Witwe zur Seite stehen sollen (vgl. Beibl. 1897 Nr. 123; 1905 Nr. 123; Deutsche Juristenzeitung 1903 S. 52).

8) Vgl. Niemeyer S. 417.

9) Vgl. Niemeyer S. 426; Beibl. 1891 Nr. 108; 1893 Nr. 95.

10) Vgl. Niemeyer S. 425 und die dort angeführte Literatur; ferner unten S. 736. Die Konstruktion des Rechtsverhältnisses, das eintrat, wenn



2. Das neue Recht unterscheidet bei der Ausschließung der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch letztwillige Verfügung die Ausschließung der Gütergemeinschaft im ganzen und bez. einzelner gemeinschaftlicher Abkömmlinge.

a) Der Mann kann für den Fall seines Todes die Gütergemeinschaft durch letztwillige Verfügung auch in einem gemeinschaftlichen Testament unbeschränkt ausschließen (§ 1509 B.G.B., § 17 Abs. 1 Güterstandsges.). Soweit dabei Pflichtteilsrechte verletzt werden, entsteht ein Anspruch der Pflichtteilsberechtigten auf Auskehrung oder Ergänzung des Pflichtteils gegen den eingesetzten Erben.

b) Die Frau kann dagegen auf diesem Wege die Gütergemeinschaft nur ausschließen, wenn sie berechtigt ist (§ 1509 B.G.B.)

α) ihrem Manne den Pflichtteil zu entziehen, d. h. wenn der Mann sich einer Verfehlung schuldig macht, auf Grund deren die Frau wegen Verschuldens des Mannes die Scheidungsklage erheben kann[11] (§ 2335 B.G.B.) oder

β) auf Aufhebung der Gütergemeinschaft zu klagen. S. § 122 II 2.

Verletzt die Frau hierbei Pflichtteilsrechte, so tritt dasselbe ein, wie bei einer Verletzung dieser Rechte seitens des Mannes.

Erfolgt der Ausschluß der Gütergemeinschaft in einer letztwilligen Verfügung, ohne daß die Voraussetzungen von α oder β vorliegen, so

in einem gemeinschaftlichen Testament der Überlebende zum Universalerben eingesetzt und angeordnet wurde, daß das Samtgut nach dem Tode des Längstlebenden an die Kinder oder Verwandten fallen solle, war im Hamburgischen, wie im gemeinen Rechte sehr bestritten (vgl. Niemeyer S. 427 ff.; Entsch. des R.G. 38 S. 216 ff.; Beibl. 1893 Nr. 132, 1894 Nr. 111, 1903 Nr. 125). Das O.L.G. hat sich zuletzt (Beibl. 1903 Nr. 125) der Ansicht angeschlossen, daß die Kinder und Verwandten in diesem Falle ausschließlich Erben des Letztversterbenden, nicht aber Universalfideikommissare oder Nacherben des Erstverstorbenen sind, wie dies § 2269 B.G.B. im Zweifel auch für das neue Recht anordnet. Danach ist es praktisch unerheblich, ob ein altes Testament, falls der letzte Ehegatte nach dem 1. Januar 1900 verstirbt, nach altem oder neuem Recht ausgelegt wird (vgl. auch Dernburg V S. 263 ff.; Beibl. 1900 Nr. 49).

11) Zweifelhaft kann sein, ob in dem Falle, da der verstorbene Ehegatte zur Zeit des Todes auf Scheidung zu klagen berechtigt war und die Klage erhoben hatte, der Überlebende gleich wie seines Erbrechtes auch des Rechts auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft verlustig geht (vgl. §§ 1933, 2077 B.G.B.). Das B.G.B. spricht sich hierüber nicht aus. Planck (IV S. 249 f.) bejaht die Frage. Dem dürfte nicht zuzustimmen sein. Einmal handelt es sich bei den Vorschriften bez. des Verlustes des Erbrechts um Sondervorschriften, die nicht ausgedehnt werden dürfen. Dann aber darf die Fortsetzung der Gütergemeinschaft überhaupt nicht unter dem Gesichtspunkte des Erbrechts betrachtet werden. Die obige Vorschrift gibt dem nichtschuldigen Gatten eine genügende Möglichkeit, die Rechte des andern Gatten zu beschränken.

ist die Verfügung ungültig, falls die Frau zuerst verstirbt, dann kann also der Mann trotzdem die Fortsetzung der Gütergemeinschaft verlangen. Dagegen ist die Verfügung wirksam, falls der Mann zuerst verstirbt.

c) Jeder Ehegatte kann durch letztwillige Verfügung einen gemeinschaftlichen Abkömmling von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausschließen, die Frau aber nur mit Zustimmung des Mannes (§§ 1511 Abs. 1, 1516 B.G.B., § 17 Abs. 3 Güterstandsges.). Diese Verfügung kann auch in bezug auf mehrere Abkömmlinge getroffen werden. Über die Wirkung dieser Ausschließung s. unter IV 2.

d) Die letztwillige Verfügung kann in einem Testamente oder in einem Erbvertrage enthalten, jedoch nur als einseitige, nicht als vertragsmäßige getroffen sein (§ 2278 B.G.B.). Das Testament kann auch ein gemeinschaftliches sein. Dies ist zweifellos für den Fall unter c (§ 1516 Abs. 3 B.G.B.). Daraus folgt weiter, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft auch vollständig durch gemeinschaftliches Testament ausgeschlossen werden kann, denn wenn außer den ausgeschlossenen gemeinschaftliche Abkömmlinge nicht mehr vorhanden sind, tritt eine Fortsetzung der Gütergemeinschaft überhaupt nicht ein.[12] Tatsächlich haben also die Beschränkungen der Frau unter b α und β keine Bedeutung, falls der Mann einer weitergehenden Verfügung der Frau zustimmt.

3. Für den Übergang aus dem alten Recht in das neue kommt, abgesehen von der Bestimmung des § 1518 B.G.B. (s. unter I), in Betracht, daß, wenn auch für die Errichtung, d. h. die Form des Testaments, das alte Recht maßgebend bleibt, sich doch die Wirkungen nach dem neuen Recht bestimmen, falls der Testator unter dem neuen Recht stirbt (Art. 214 Abs. 1 E.G. z. B.G.B.). Demgemäß ist zu unterscheiden:

a) Hat der Mann unter altem Recht in seinem Testament die Gütergemeinschaft ganz oder bez. einzelner Abkömmlinge ausgeschlossen, so bleibt dies gültig, falls der Todesfall unter neuem Recht eintritt. Bei Verletzung von Pflichtteilsrechten entstehen Ansprüche der Pflichtteilsberechtigten, doch kann das Testament als solches aus diesem Grunde nicht umgestoßen werden.

---

12) Vgl. Dernburg IV S. 198 Anm. 8; Planck IV § 1511 Anm. 4. Goette in Deutsche Juristenzeitung 1903 S. 52 will das gemeinschaftliche Testament nur zulassen, falls es als Ehevertrag angesehen werden kann.



b) Hat die Frau unter altem Recht ohne Zustimmung ihres Mannes eine letztwillige Verfügung über den Ausschluß der Gütergemeinschaft getroffen, so erhält die Verfügung, da sie unter altem Recht nichtig war, auch unter neuem Recht keine Wirksamkeit, selbst wenn sie gemäß den Vorschriften unter 2 b nach neuem Recht an sich wirksam sein würde.[13] Hat dagegen die Frau mit Zustimmung ihres Mannes derartig testiert, so bleibt die alte Verfügung regelmäßig in Kraft, wenigstens soweit sie unter die Vorschriften 2 b und c fällt. Bei Verletzung von Pflichtteilsrechten entstehen Ansprüche der Pflichtteilsberechtigten, aber kein Recht auf Umstoßung des ganzen Testaments.

c) Aus dem Gesagten ergibt sich, daß gemeinschaftliche Testamente der Ehegatten auch bez. der Bestimmungen über den Ausschluß der Gütergemeinschaft in der Regel ihre Gültigkeit behalten, da es den Ehegatten unter neuem Recht ebenfalls freisteht, durch ein solches Testament die Gütergemeinschaft auszuschließen.

d) Wird das Testament, durch welches die Gütergemeinschaft ausgeschlossen wird, unter neuem Recht errichtet, so bestimmen sich Form und Wirkungen des Testaments nach neuem Recht.

III. Der Ausschließung der fortgesetzten Gütergemeinschaft hinsichtlich eines Abkömmlings steht es gleich, wenn einer der Ehegatten für den Fall seines Todes mit einem Abkömmling einen Vertrag schließt, durch den der letztere von vornherein für den Fall des Todes des Ehegatten auf seinen Anteil am Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft verzichtet.

1. Einen solchen Verzicht eines Kindes kennt auch das alte Recht. Er war regelmäßig mit einer Abfindung verbunden und stellte sich rechtlich als Erbverzicht dar.[14] Einer besonderen Form bedurfte der Vertrag nicht,[15] ebensowenig der Zustimmung des anderen Ehegatten. Da die Abfindung jedoch regelmäßig aus dem Gesamtgut gewährt wurde, so wurde ein solcher Vertrag meist mit dem Manne als dem Herrn des Samtgutes abgeschlossen.

2. Ein solcher Vertrag wird auch im neuen Recht als Erbverzicht behandelt (§ 1517 B.G.B.). Er bedarf der notariellen Be-

13) Hierfür kommt auch Art. 200 E.G. z. B.G.B. in Betracht, da die Beschränkung der Testierbefugnis der Ehefrau unter altem Recht sich als eine erbrechtliche Wirkung des Güterstandes darstellte.

14) Vgl. Baumeister II S. 143, 366; Wulff 1. Aufl. II S. 192 Anm. 2; Niemeyer S. 399.

15) Vgl. Niemeyer S. 610.

urkundung (§ 2348 B.G.B., § 9 Hamb. F.G.G.), sowie der in notarieller Form zu erklärenden Zustimmung des andern Ehegatten (§§ 1517 Abs. 1, 1516 Abs. 2 B.G.B.). Steht der Abkömmling unter Vormundschaft oder elterlicher Gewalt, so ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich (§ 2347 B.G.B.). Der den Verzicht aufhebende Vertrag muß ebenfalls notariell beurkundet werden und bedarf der Zustimmung des andern Ehegatten (§§ 1517, 1516 Abs. 2, 2351 B.G.B.).

Die Wirkung des Verzichtsvertrages ist die, daß der Verzichtende von dem Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossen wird, daß ihm auch insofern ein Pflichtteilsrecht nicht mehr zusteht. Dagegen bleibt, falls nicht etwas anderes bestimmt ist, sein Erbrecht gegenüber dem Sonder- und Vorbehaltsgut bestehen.

3. Ein unter altem Recht gültig geschlossener Verzichtsvertrag bleibt auch unter neuem Recht bestehen. Seine Wirkungen richten sich nach dem alten Recht (Art. 217 E.G. z. B.G.B.). Wieweit sich der Verzicht erstreckt, ist Tat- und Auslegungsfrage. Dagegen kann unter neuem Recht ein alter Verzichtsvertrag nur nach den Vorschriften des neuen Rechts aufgehoben werden.

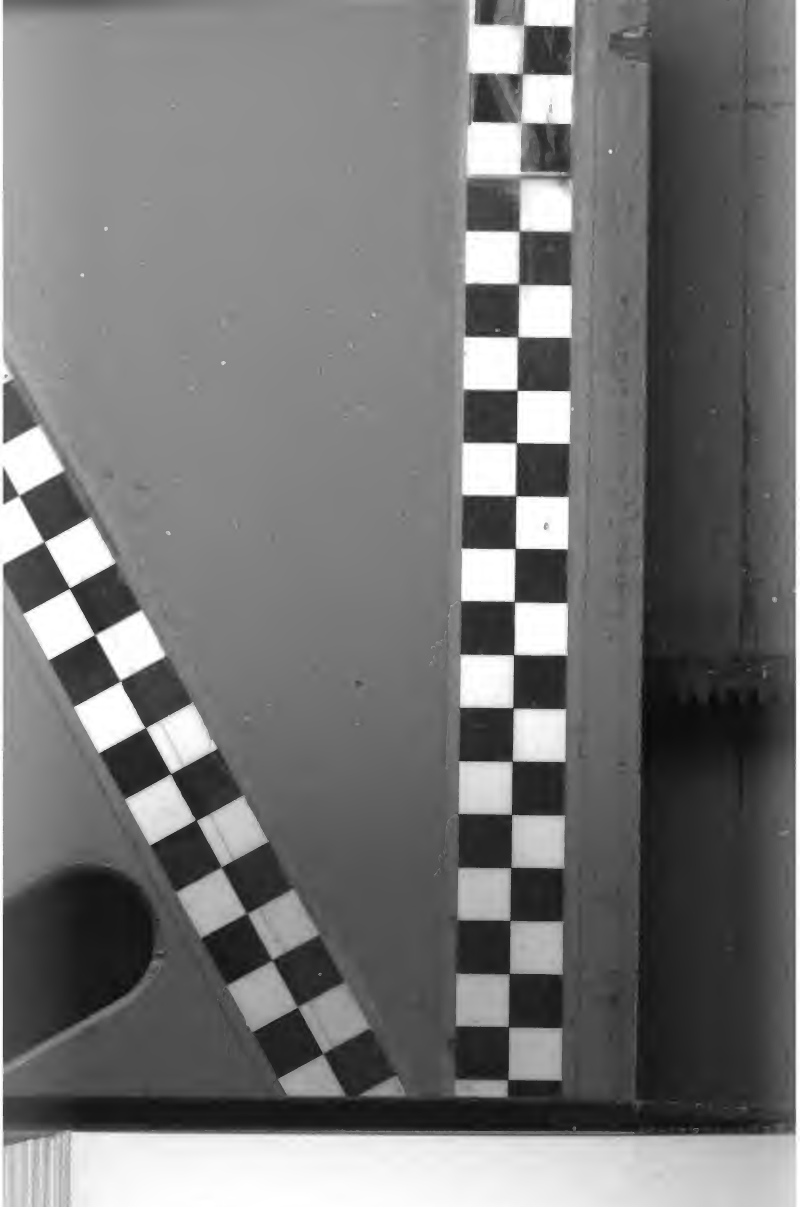
IV. Die Wirkungen des Ausschlusses der Fortsetzung der Gütergemeinschaft bestehen darin, daß nach dem Tode des Erstverstorbenen die Auseinandersetzung stattzufinden hat.

1. Ist die Gütergemeinschaft durch Ehevertrag oder letztwillige Verfügung ganz ausgeschlossen, so erfolgt die Auseinandersetzung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des Verstorbenen genau ebenso, als wenn die Ehe unbeerbt wäre (§ 1510 B.G.B.). Bis zur Auseinandersetzung findet die Verwaltung des Gesamtguts durch den überlebenden und die Erben des verstorbenen Ehegatten gemeinschaftlich statt.[16] S. § 124.

2. Ist die Fortsetzung der Gütergemeinschaft hinsichtlich eines oder mehrerer Abkömmlinge ausgeschlossen, so wird es so angesehen, als ob der Ausgeschlossene oder die Ausgeschlossenen in Ansehung der fortgesetzten Gütergemeinschaft vor dem Tode des ersten Ehegatten gestorben seien.

Der Ausgeschlossene kann von dem Gesamtgut den Pflichtteil fordern, der ihm gebühren würde, wenn die fortgesetzte Gütergemein-

16) Vgl. Beibl. 1903 Nr. 22; Rechtspr. der O.L.G. VI S. 164.



schaft nicht eingetreten wäre. Er kann die Auszahlung des Betrages sofort beanspruchen; insofern hat eine Auseinandersetzung zwischen dem Ausgeschlossenen und denjenigen, welche die Gütergemeinschaft fortsetzen, zu erfolgen. Die Berechnung des Pflichtteils geschieht, auch wenn die Ausschließung durch eine unter altem Recht getroffene Verfügung erfolgt ist, nach den Vorschriften des B.G.B. (§§ 2303—2338 B.G.B.).[17]

Das Erbrecht des ausgeschlossenen Abkömmlings am Sonder- und Vorbehaltsgut wird durch den Ausschluß der Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht berührt. Die Auseinandersetzung bez. dieser Güter bezieht sich also auch auf den Ausgeschlossenen. Inwieweit, namentlich in alten Testamenten, mit dem Ausschlusse der fortgesetzten Gütergemeinschaft ein Ausschluß vom Pflichtteil verbunden ist, bestimmt sich nach dem Inhalt der letztwilligen Verfügung. Die Zulässigkeit der Entziehung des Pflichtteils bemißt sich stets nach neuem Recht.

3. Im Falle des Verzichtes eines Abkömmlings auf seinen Anteil am Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft (oben III) wird es so angesehen, als ob der Verzichtende vor dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft gestorben ist. Eine Auseinandersetzung mit ihm hat bloß wegen des Sonder- und Vorbehaltsguts des Verstorbenen zu erfolgen.

§ 127. Die Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

Kann die Fortsetzung der Gütergemeinschaft durch bei Lebzeiten beider Ehegatten getroffene Verfügung ausgeschlossen werden, so kann sie **nach dem Eintritt des Todesfalles** durch den überlebenden Ehegatten **abgelehnt** werden, da die Fortsetzung der Gütergemeinschaft wesentlich im Interesse des überlebenden Ehegatten liegt. Steht der überlebende Ehegatte unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft, so bedarf er zur Ablehnung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1484 Abs. 2 B.G.B.). Das Ablehnungsrecht kann durch Ehevertrag oder auf sonstige Weise nicht ausgeschlossen werden (§ 1518 B.G.B.).

I. Die **Ablehnung** der fortgesetzten Gütergemeinschaft erfolgt nach den für die Ausschlagung der Erbschaft maßgebenden Vorschriften.

1. Die Ablehnung kann nicht mehr erfolgen, wenn der überlebende Ehegatte die fortgesetzte Gütergemeinschaft ausdrücklich oder stillschweigend

17) Vgl. hierzu Planck IV § 1511 Anm. 3.

angenommen hat, oder wenn die Ablehnungsfrist abgelaufen ist (§ 1943 B.G.B.). Die **Ablehnungsfrist** beträgt in der Regel sechs Wochen; wenn der verstorbene Ehegatte seinen letzten Wohnsitz im Auslande gehabt hat, oder wenn der überlebende Ehegatte sich zur Zeit, da er von dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft Kenntnis erlangte, im Auslande aufhielt, sechs Monate (§ 1944 B.G.B.).

2. Die Ablehnung erfolgt durch **Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht**, und zwar entweder mündlich oder zu Protokoll des Gerichts,[1] oder durch Abgabe einer notariell beglaubigten Erklärung (§ 1945 B.G.B.).

3. Die Annahme oder Ablehnung kann sich nur auf die ganze Gütergemeinschaft, nicht auf einen Teil erstrecken, sie kann auch nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen (§§ 1950, 1947 B.G.B.).

4. Die Annahme oder Ablehnung kann binnen sechs Wochen wegen Irrtums, Betrugs oder Zwangs angefochten werden (§§ 1954—1957 B.G.B.).

II. Die Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft hat die gleiche Wirkung, als wenn gemeinschaftliche Abkömmlinge überhaupt nicht vorhanden sind, die fortgesetzte Gütergemeinschaft gilt als gar nicht eingetreten und es findet die Auseinandersetzung wie bei unbeerbter Ehe statt. Der Anteil des verstorbenen Ehegatten fällt dann in den Nachlaß und wird nach den gewöhnlichen erbrechtlichen Vorschriften beerbt. Diese Grundsätze werden insofern durchbrochen, als gewisse Rechtshandlungen, die vor der Ablehnung von dem überlebenden Ehegatten oder ihm gegenüber vorgenommen werden, auch nachher wirksam bleiben.

1. Besorgt der Überlebende vor der Ablehnung Geschäfte hinsichtlich des Gesamtguts, so gilt er wie ein auftragloser Geschäftsführer gegenüber den Erben des verstorbenen Ehegatten (§ 1959 Abs. 1 B.G.B.).

2. Verfügt der Überlebende vor der Ablehnung über einen Gesamtgutsgegenstand, so bleibt die Verfügung wirksam, wenn sie nicht ohne Nachteil für den Nachlaß verschoben werden konnte (§ 1959 Abs. 2 B.G.B.).

---

1) Wenn auch die Hamburgischen Amtsgerichte für die öffentliche Beurkundung von Erklärungen an sich nicht zuständig sind (s. § 30), so ist ihnen doch nach § 14 Hamb. F.G.G. (Wulff III S. 225) gestattet, solche der öffentlichen Beglaubigung bedürfende Erklärungen zu beurkunden, welche ihnen gegenüber abzugeben sind.

3. Ein Rechtsgeschäft, das gegenüber dem überlebenden Ehegatten als solchem vorgenommen werden muß, bleibt auch nach der Ablehnung wirksam, wenn es vorher dem Ablehnenden gegenüber vorgenommen worden war (§ 1959 Abs. 3 B.G.B.).

III. Wird während des Schwebens der Ablehnungsfrist über das Vermögen des überlebenden Ehegatten das Konkursverfahren eröffnet, so steht die Entscheidung über die Annahme oder die Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft dem Ehegatten selbst und nicht dem Konkursverwalter zu (§ 9 K.O.). Lehnt der Überlebende die Fortsetzung ab, so fällt nur sein Anteil am Gesamtgut in die Konkursmasse, andernfalls das ganze Gesamtgut. Ersterenfalls hat der Konkursverwalter die Auseinandersetzung zwischen den Abkömmlingen und der Konkursmasse zu bewirken.

§ 128. Gesamtgut und Einhandsgüter der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

I. Das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft wird nicht etwa aus dem Vermögen des überlebenden Ehegatten und demjenigen der Abkömmlinge gebildet. Vielmehr wird von der fortgesetzten Gütergemeinschaft nur das Vermögen des überlebenden Ehegatten ergriffen, während die Abkömmlinge an ihr nur mit ihrem Anteil am Gesamtgut teilnehmen.

1. Demnach besteht das Gesamtgut:

a) aus dem ehelichen Gesamtgut im Zustande zur Zeit des Todes des einen Ehegatten,[1] soweit es nicht einem einseitigen Abkömmling des verstorbenen Ehegatten zufällt (§ 1485 Abs. 1 B.G.B.). Gemindert wird das eheliche Gesamtgut um denjenigen Betrag, der einem oder mehreren von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossenen gemeinschaftlichen Abkömmlingen auszuzahlen ist (s. § 126 IV 2);

b) aus demjenigen, was der überlebende Ehegatte aus dem Nachlaß des Verstorbenen, insbesondere aus dessen Vorbehaltsgut erworben hat (§ 1485 Abs. 1 B.G.B.);

c) aus der Errungenschaft während der fortgesetzten Gütergemeinschaft, soweit sie nicht in das Vorbehaltsgut fällt oder Sondergut wird (§ 1485 Abs. 1 B.G.B.).

---

[1] Eine Lebensversicherung zugunsten des überlebenden Ehegatten ist, soweit sie überhaupt ins Gesamtgut fällt, späterer Erwerb (vgl. Beibl. 1905 Nr. 169).

2. Die Gesamtgutseigenschaft tritt mit dem Beginn der fortgesetzten Gütergemeinschaft von selbst ein. Grundstücke und Rechte gehen auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft über. Der Übergang von Grundstücken und Rechten an Grundstücken ist im Grundbuch zu vermerken.[2] Aber auch wenn das Grundstück im Grundbuch auf den Namen des überlebenden Ehegatten eingetragen steht, fällt es in das Gesamtgut.[3]

II. Vorbehaltsgut können in der fortgesetzten Gütergemeinschaft nur der überlebende Ehegatte, nicht die Abkömmlinge haben.

1. Vorbehaltsgut ist:

a) was der überlebende Ehegatte bei Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft als solches hatte (§ 1486 Abs. 1 B.G.B., § 14 Güterstandsges.);

b) was die Witwe von Todes wegen oder unter Lebenden unentgeltlich von einem Dritten mit der Bestimmung erhält, daß es Vorbehaltsgut sein soll (§§ 1486 Abs. 1, 1369 B.G.B., § 14 Güterstandsges.);

c) was der überlebende Ehegatte kraft des Surrogationsprinzips erwirbt (§§ 1486, 1370 B.G.B., § 14 Güterstandsges.). Siehe S. 670.

Vorbehaltsgut der Witwe ist also nicht, was die Frau auf Grund der §§ 10—12 Güterstandsges. während Fortbestehens der Ehe als solches erworben haben würde. Auch kann durch Vertrag zwischen der Frau und den Abkömmlingen ein Vorbehaltsgut nicht bestellt werden (§ 1518 B.G.B.).

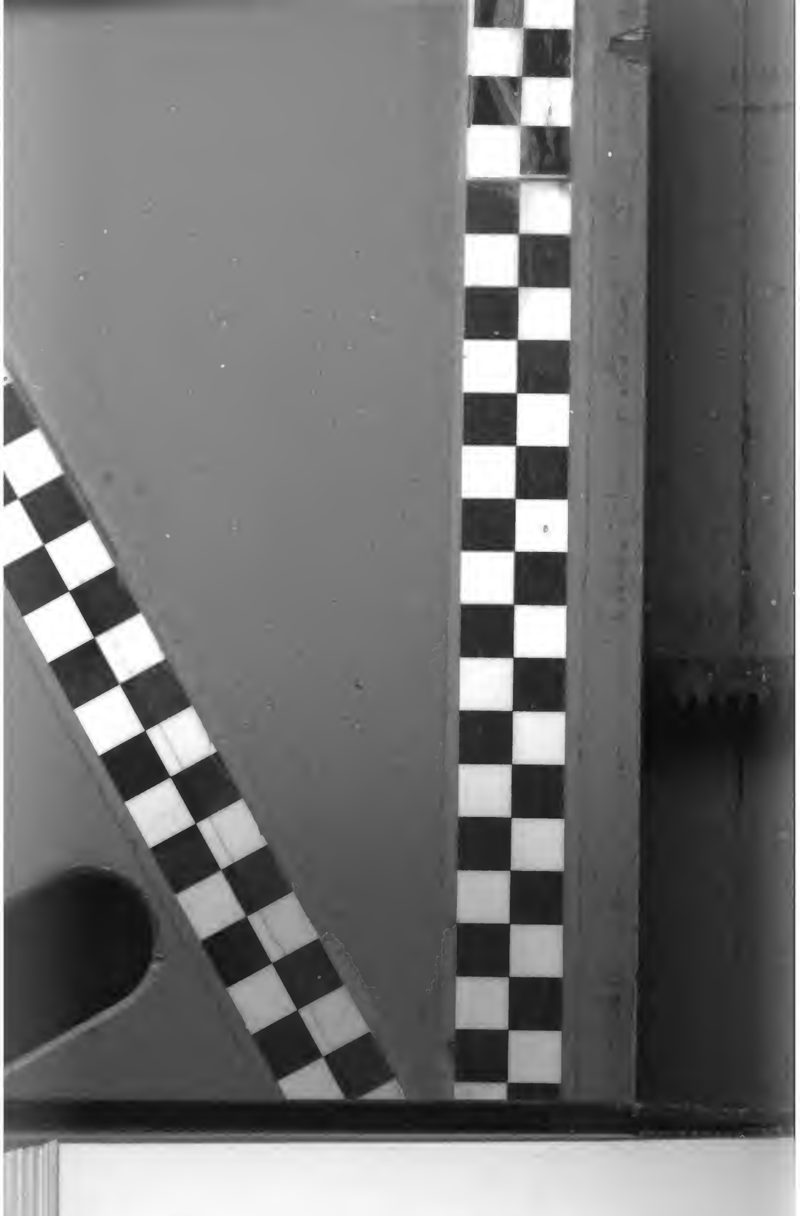
2. In das Güterrechtsregister wird das Vorbehaltsgut nicht eingetragen,[4] wie überhaupt während der Fortsetzung der Gütergemeinschaft Eintragungen in das Register nicht erfolgen. Dasselbe enthält nur Eintragungen über Rechtsverhältnisse bestehender Ehen.

3. Die Verwaltung des Vorbehaltsguts während fortgesetzter Gütergemeinschaft ist im B.G.B. nicht besonders geregelt. Sie ergibt sich von selbst aus dem Begriff des Vorbehaltsguts. Der

2) Vgl. § 48 G.B.O., Nr. 19 Hamb. Geschäftsanw. für die Grundbuchämter v. November 1899 (Wulff III S. 286).

3) An und für sich kann deshalb der Grundbuchrichter einen Antrag, ein Grundstück auf den Namen des überlebenden Ehegatten einzutragen, nicht mit der Begründung ablehnen, das Grundstück müsse auf den Namen des überlebenden Ehegatten und der Kinder eingetragen werden. Vgl. Amtsger. Samml. 1903 S. 147.

4) Dies ergibt sich unmittelbar daraus, daß im § 1486 B.G.B. ein Hinweis auf die Vorschriften über die Gütertrennung wie im § 1441 fehlt, und daß im § 13 des Hamb. Güterstandsges. die Eintragung ausdrücklich nur für das Vorbehaltsgut während bestehender Ehe vorgeschrieben ist.



überlebende Ehegatte kann das Vorbehaltsgut frei verwalten und über dasselbe verfügen, darauf bezügliche Verbindlichkeiten eingehen, Rechtsstreitigkeiten über dasselbe führen und es nutzen.

Für die Verbindlichkeiten, welche der überlebende Ehegatte während der Fortsetzung der Gütergemeinschaft eingeht, haftet auch das Vorbehaltsgut.

III. Sondergut kann in der fortgesetzten Gütergemeinschaft ebenfalls nur der überlebende Ehegatte haben.

1. Sondergut sind diejenigen Gegenstände, welche nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können, und zwar soweit der überlebende Ehegatte sie zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft im Eigentum hat oder sie ihm während der Fortsetzung der Gütergemeinschaft zufallen (§ 1486 Abs. 2 B.G.B.).

2. Auf das Sondergut finden dieselben Vorschriften Anwendung wie während der ehelichen Gütergemeinschaft. S. § 118 I.

IV. Wenn auch die gemeinschaftlichen Abkömmlinge ein Vorbehalts- oder Sondergut im Sinne der Vorschriften über die Gütergemeinschaft nicht haben können, so können sie doch ein vom Gesamtgut getrenntes Vermögen haben. Dieses Vermögen besteht aus demjenigen, was der Abkömmling zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft hat oder später aus irgend einem Rechtsgrunde erwirbt, also auch aus dem Anteil des Abkömmlings am Vorbehaltsgut des verstorbenen Ehegatten (§ 1485 Abs. 2). Dies eigene Vermögen der Abkömmlinge wird durch die fortgesetzte Gütergemeinschaft gar nicht berührt.

§ 129. Die rechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten und der Abkömmlinge.

I. Die rechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten und der Abkömmlinge zum Gesamtgut ist dahin bestimmt, daß der überlebende Ehegatte grundsätzlich die Stellung des Mannes in der ehelichen Gütergemeinschaft hat, während die Abkömmlinge die Stellung der Frau haben (§ 1487 B.G.B.).[1] Steht der überlebende Ehegatte unter Vor-

[1] Der überlebende Ehegatte verwaltet das ganze Gesamtgut kraft seiner güterrechtlichen Stellung, nicht etwa teilweise kraft seiner elterlichen Gewalt. Vgl. Beibl. 1901 Nr. 210.

mundschaft oder Pflegschaft, so werden seine Rechte und Pflichten bez. des Gesamtguts von dem gesetzlichen Vertreter ausgeübt (§§ 1487, 1457 B.G.B.).

1. Der überlebende Ehegatte hat den Besitz, die Verwaltung und die Verfügung über das Gesamtgut; Rechtsstreitigkeiten in bezug auf das Gesamtgut kann er im eigenen Namen führen [2] (§§ 1487, 1443 Abs. 1 B.G.B.).

2. Die Abkömmlinge sind von der Verwaltung des Gesamtguts ganz ausgeschlossen. Sie können auch dann nicht die Verwaltung übernehmen, wenn die Frau infolge Verhinderung des Mannes während der ehelichen Gütergemeinschaft dazu befugt ist. In solchen Fällen muß dem überlebenden Ehegatten ein Pfleger bestellt werden. Eine Ausnahme bildet der Fall unter III 1 e.

3. Eine Verpflichtung der Abkömmlinge tritt durch die Verwaltungshandlungen des überlebenden Ehegatten weder Dritten noch dem letzteren gegenüber ein (§§ 1487, 1443 Abs. 2 B.G.B.).

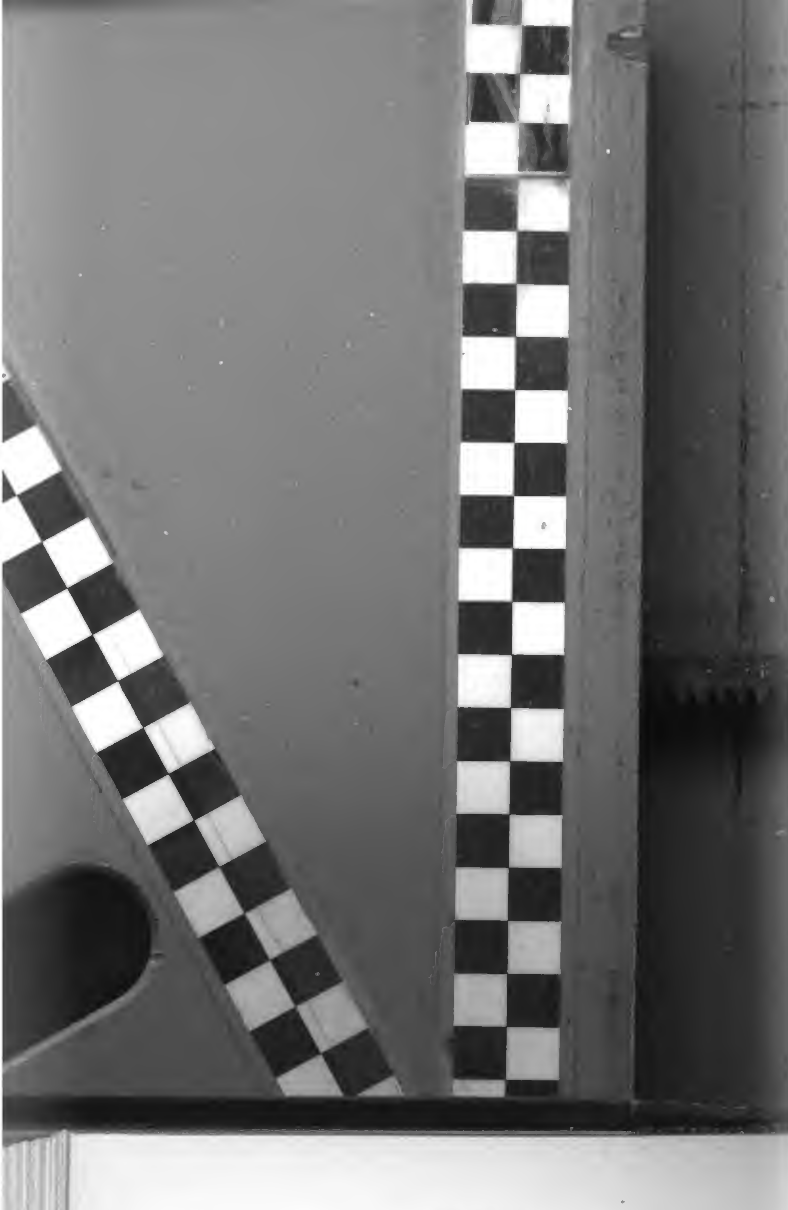
4. Für die Verwaltung des Gesamtguts ist der überlebende Ehegatte den Abkömmlingen nicht verantwortlich (§§ 1487, 1456 B.G.B.).

II. Diese Befugnisse stehen dem überlebenden Manne unbeschränkt und unbeschränkbar zu. Die Vorschriften, nach denen der Mann in gewissen Fällen zu einer Verfügung die Zustimmung der Frau einzuholen hat, kommen wie bei der ehelichen auch bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft für den Mann in Wegfall (§ 2 Güterstandsges.). Eine Beschränkung des Mannes durch private Disposition ist ausgeschlossen [3] (§ 1518 B.G.B.).

---

2) Eine Klage ist allein gegen den überlebenden Gatten, nicht auch gegen die Kinder zu richten; vgl. Beibl. 1902 Nr. 89, 64.

3) Aus der Fassung des § 18 Güterstandsges. könnte geschlossen werden, daß in einem gemeinschaftlichen Testament auch beim Überleben des Mannes ein Verwalter des Gesamtgutes eingesetzt werden könnte. Eine Begründung zu diesem Paragraphen liegt nicht vor, da derselbe auf Antrag der Bürgerschaft (vgl. Sten. Ber. der Bürgerschaft 1899 S. 424) in das Gesetz eingefügt worden ist. Doch ergibt sich aus der Bezugnahme auf § 17 Abs. 2, daß der Gesetzgeber nur den Fall des Überlebens der Frau im Auge gehabt hat, wie denn auch bei den Bürgerschaftsverhandlungen diese Bestimmung lediglich mit der Notwendigkeit begründet worden ist, der in der Vermögensverwaltung unerfahrenen Frau einen Verwalter an die Seite zu setzen. Das alte Recht kannte die Ernennung eines Testamentsvollstreckers in einem gemeinschaftlichen Testament auch für den Fall des Überlebens des Mannes. Es war aber zweifelhaft, ob die Funktionen dieses Testamentsvollstreckers schon beim Tode der Frau oder erst beim Tode des Mannes beginnen sollten. Mit Nie-



III. Dagegen unterliegt die überlebende Frau einer Reihe von Beschränkungen in der Verwaltung. Diese Beschränkungen beruhen auf Gesetz oder auf letztwilliger Verfügung.

1. Diejenigen gesetzlichen Vorschriften, nach denen zu einem Rechtsgeschäft des Mannes die Zustimmung der Frau oder der anteilsberechtigten Abkömmlinge erforderlich ist, kommen zur Anwendung für die Witwe, welche die Gütergemeinschaft fortsetzt.

a) Die Witwe bedarf der Zustimmung der anteilsberechtigten Abkömmlinge:[4]

α) zu Rechtsgeschäften, durch welche sie sich zu einer Verfügung über das Gesamtgut im ganzen verpflichtet, sowie zu Verfügungen, durch die eine ohne Zustimmung der Abkömmlinge eingegangene Verpflichtung dieser Art erfüllt werden soll (§ 1444 B.G.B.);

β) zu Verfügungen über Gesamtgutsgrundstücke, sowie zur Eingehung von Verpflichtungen zu solchen Verfügungen (§ 1445 B.G.B.). Hierzu gehören alle Fälle der Veräußerung oder Dereliktion von Gesamtgutsgrundstücken, sowie der Belastung derselben mit dinglichen Rechten, insbesondere mit Hypotheken.[5] Dagegen fallen nicht hierunter Vermietungen und Verpachtungen von Grundstücken, sowie Verfügungen über Rechte an fremden Grundstücken, Dienstbarkeiten, Hypotheken und Rechte an solchen Rechten;

γ) zu Schenkungen[6] aus dem Gesamtgut, soweit dieselben nicht einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden

meyer (S. 430) ist diese Frage in letzterem Sinne zu entscheiden. Denn andernfalls würde der Mann während der Fortsetzung der Gütergemeinschaft einer Kontrolle seiner Verwaltung unterworfen sein, welche mit seiner Stellung als geborener Herr des Samtgutes im schroffen Widerspruch stände. Jedenfalls ist für das neue Recht, auch der alten Ehen, die Unzulässigkeit einer letztwilligen Verfügung anzunehmen, durch welche an Stelle des Mannes die Verwaltung des Gesamtgutes der fortgesetzten Gütergemeinschaft einem Verwalter übertragen würde.

4) Unter Umständen ist die Witwe verpflichtet, die Zustimmung zu beschaffen, z. B. wenn sie einen bei Lebzeiten vom Manne abgeschlossenen Kaufvertrag erfüllen muß; vgl. Beibl. 1902 Nr. 89. Auch kann eventuell § 888 Z.P.O. zur Anwendung kommen.

5) Auch mit einer Eigentümergrundschuld (Amtsger.Samml. 1902 S. 76). Dagegen fällt nicht hierunter die Bewilligung der Rangänderung einer Hypothek (Zentralblatt für freiw. Ger. Bd. 2 S. 71), auch nicht die Übernahme der auf einem zu erwerbenden Grundstücke lastenden Hypotheken (Amtsger.Samml. 1903 S. 179) sowie die Eintragung der Restkaufgeldhypothek auf ein zu erwerbendes Grundstück. Bez. der letzteren stark umstrittenen Frage vgl. Dernburg IV S. 187 und die dort angegebenen Zitate.

6) Eine Aussteuer (§ 1620 B.G.B.) fällt nicht hierunter, da zu ihrer Gewährung eine Verpflichtung besteht. Eine Ausstattung (§ 1624 B.G.B.)

Rücksicht entsprechen, sowie zur Erfüllung von ohne Einwilligung der Abkömmlinge erteilten Schenkungsversprechen aus Gesamtgut (§ 1446 B.G.B.).

b) Sämtliche Abkömmlinge müssen zustimmen. Ist die Witwe gesetzlicher Vertreter eines Abkömmlings, so muß zum Zwecke der Zustimmung ein Pfleger bestellt werden (§§ 181, 1909 B.G.B.). Der Pfleger hat für die Zustimmung zu Verfügungen über Grundstücke oder Rechte an solchen die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen [7] (§ 1821 Ziff. 1 B.G.B.).

c) Die Zustimmung der Abkömmlinge kann auf Antrag der Witwe in den Fällen unter a α und β, nicht aber bei Schenkungen, durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden [7a] (§ 1447 B.G.B.), und zwar

α) wenn ein zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Gesamtguts erforderlich ist und die Abkömmlinge die Zustimmung ohne ausreichenden Grund verweigern;

β) in Notfällen, bei Verhinderung eines oder mehrerer Abkömmlinge durch Krankheit oder Abwesenheit und wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.

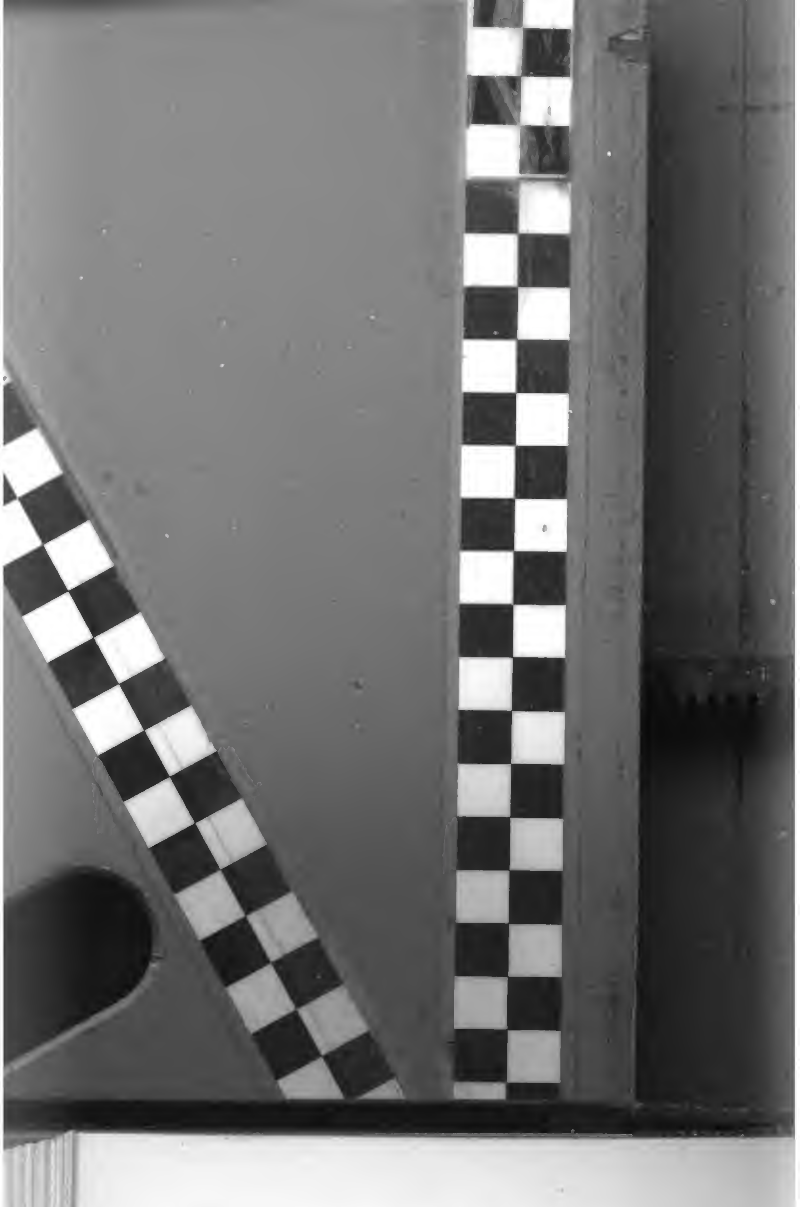
d) Rechtsgeschäfte, welche ohne die erforderliche Zustimmung der Abkömmlinge vorgenommen werden, sind an sich unwirksam. Vertragsmäßige Verfügungen können aber dadurch wirksam werden, daß die Abkömmlinge die Genehmigung erteilen. Verweigern die Abkömmlinge die Genehmigung, so wird der Vertrag nicht damit wirksam, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft aufhört (§ 1448 Abs. 1 B.G.B.). Zur Beseitigung der Ungewißheit kann der Dritte die Witwe auffordern, die Genehmigung der Abkömmlinge zu beschaffen. Die Genehmigung muß dann spätestens bis zum Ablaufe von zwei Wochen dem Dritten gegenüber erklärt werden, widrigenfalls sie als verweigert gilt (§ 1448 Abs. 2 B.G.B.). Ist die Aufforderung des Dritten ergangen, so muß der die Genehmigung etwa ersetzende Beschluß des

---

fällt dagegen hierunter, soweit sie das angemessene Maß übersteigt. Vgl. Dernburg IV S. 188 Anm. 12; Planck IV § 1446 Anm. 3.

7) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 50; Amtsger.Samml. 1900 S. 117; 1903 S. 178; Zentralblatt für freiw. Ger. Bd. 2 S. 831.

7a) Die Entscheidung hierüber steht ausschließlich dem Vormundschaftsgericht zu; es kann nicht auf die Erteilung der Zustimmung im ordentlichen Rechtswege geklagt werden; vgl. Seuff. Arch. 62 Nr. 163.



Vormundschaftsgerichts innerhalb der zwei Wochen erwirkt und dem Dritten von der Witwe mitgeteilt sein (§ 1448 Abs. 3 B.G.B.).

c) Hat die Witwe ohne die erforderliche Zustimmung eines Abkömmlings eine Verfügung über ein Recht getroffen, so kann der betr. Abkömmling das Recht selbst gegen den Dritten gerichtlich geltend machen.[8] Er kann dann z. B. im Namen des Gesamtguts die rechtswidrig verschenkte Sache zurückfordern, soweit nicht die Vorschriften über den Schutz derjenigen, die Rechte von Nichtberechtigten herleiten, entgegenstehen.

2. Durch letztwillige Verfügung[9] kann der Mann seine Frau in der Verwaltung des Gesamtguts und in der Verfügung noch weiter beschränken (§ 17 Abs. 2 Güterstandsges.).

a) Der Mann kann Beschränkungen nach jeder einzelnen Richtung treffen.

α) Insbesondere kann er das Erfordernis der Zustimmung der anteilsberechtigten Abkömmlinge in noch weiterem Umfange vorschreiben, als es im B.G.B. bestimmt ist.

β) Der Mann kann aber hierbei nicht weitergehen, als er nach allgemeinen Grundsätzen dazu in der Lage ist, namentlich kann er nicht die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts zu einzelnen Verwaltungshandlungen vorschreiben, da die gesetzlich gezogenen Zuständigkeitsgrenzen staatlicher Behörden durch Privatdispositionen nicht erweitert werden können.[10]

γ) Der Mann kann die Frau nicht von den gesetzlichen Beschränkungen (unter 1) befreien, da insofern der privaten Verfügung Schranken gezogen sind (§ 1518 B.G.B.).

δ) Die in alten Testamenten angeordneten Beschränkungen der Verwaltungsbefugnisse der Witwe bleiben in Kraft; dagegen werden Bestimmungen hinfällig, nach denen die Witwe in der Verwaltung freier gestellt ist, als oben unter 1 ausgeführt worden. Denn die Wirkung einer letztwilligen Verfügung bestimmt sich, falls der Todesfall unter neuem Recht eintritt, nach diesem.

---

8) Vgl. Planck IV § 1487 Anm. 1 c.

9) Auch in einem gemeinschaftlichen Testament der Ehegatten können diese Anordnungen getroffen werden. Die Bedeutung dieser Vorschrift liegt darin, daß die die Testierfreiheit der Ehegatten bei bestehender Gütergemeinschaft erheblich beschränkenden Bestimmungen der §§ 1509—1518 B.G.B. hierdurch außer Kraft gesetzt werden.

10) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 86.

b) Der Mann kann ferner der Frau die Verwaltung und Verfügung ganz entziehen und bestimmen, daß diese Befugnisse auf einen oder mehrere Verwalter des Gesamtguts übergehen sollen (§ 17 Abs. 2 Güterstandsges.).

α) Der von dem Manne ernannte Verwalter hat die Rechte und Pflichten, welche nach altem Recht der Testamentsvollstrecker hatte,[11] insoweit der Mann in der letztwilligen Verfügung nicht abweichende Bestimmungen getroffen hat.[12]

β) Sind in einem von dem Ehemanne oder den Ehegatten gemeinschaftlich unter altem oder neuem Recht errichteten Testamente ein oder mehrere Testamentsvollstrecker zur Verwaltung des Gesamtguts der fortgesetzten Gütergemeinschaft ernannt, so gelten sie als Verwalter im Sinne von *α* (§ 18 Güterstandsges.). Im einzelnen Falle ist aber zu prüfen, ob durch die letztwillige Verfügung bloß die Verwaltung der Witwe über das Gesamtgut beschränkt oder die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ganz ausgeschlossen werden sollte. Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers und die Bezeichnung der Abkömmlinge als „Erben" beweist an sich noch nicht die Ausschließung der Gütergemeinschaft.[13]

γ) Der Verwalter, sei er als solcher oder als Testamentsvollstrecker benannt, führt die Verwaltung des Samtguts der fortgesetzten Gütergemeinschaft, nicht etwa eines Nachlasses.[14] Seine Befugnisse sind nicht beschränkt durch die gesetzlichen Beschränkungen des Verwaltungsrechts der Witwe, soweit nicht nach dem früheren Recht dem Testamentsvollstrecker gleiche Beschränkungen auflagen. Demnach kann der Verwalter über Grundstücke und Rechte an solchen ohne Zustimmung der Abkömmlinge verfügen,[15] dagegen ist er zu Schenkungen nicht befugt.

---

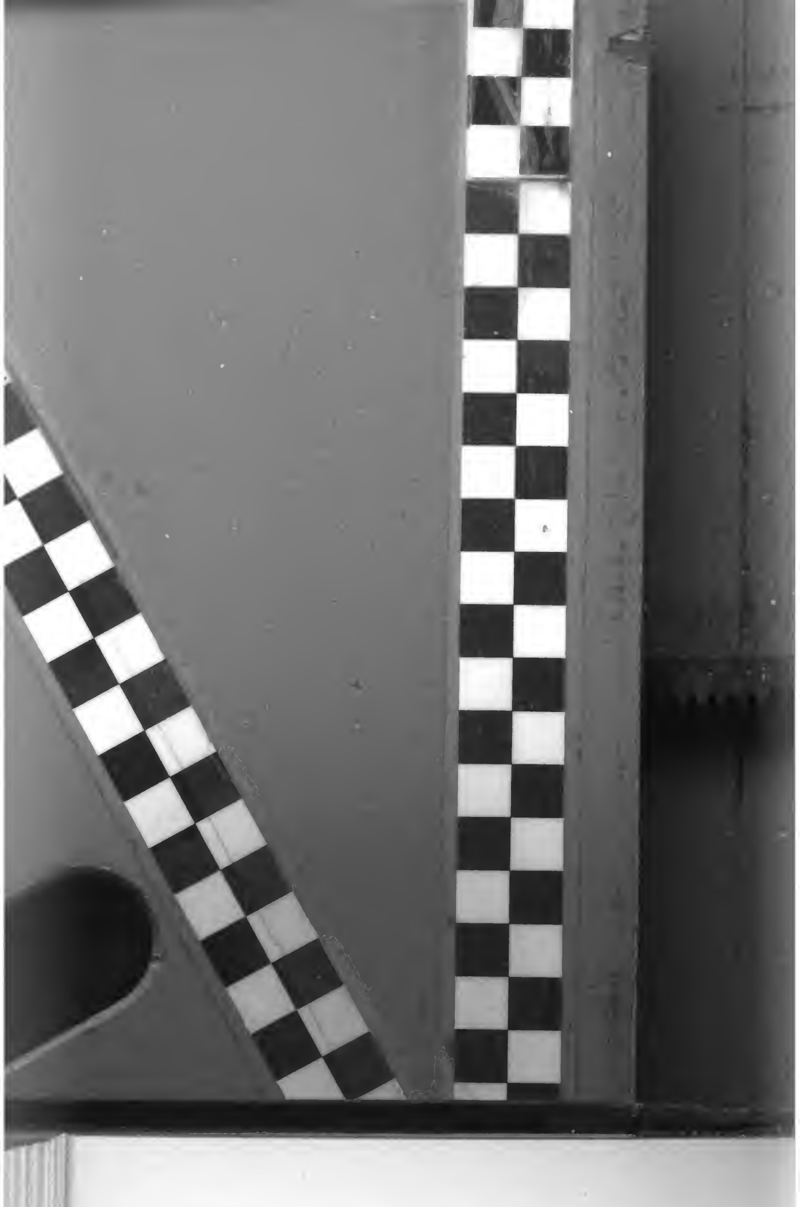
11) S. § 145 III.

12) Solche Anordnungen werden insbesondere häufig dahin getroffen, daß der Testamentsvollstrecker in gewissen Fällen den Rat oder die Zustimmung der Witwe und Kinder einholen soll.

13) S. § 126 II; vgl. Beibl. 1905 Nr. 123; 1897 Nr. 123.

14) Vgl. Beibl. 1905 Nr. 107.

15) So auch Melchior, Hamb. Ausführungsges. S. 121. Die Berechtigung des Testamentsvollstreckers zur Umschreibung von Grundeigentum und Hypotheken, welches auf den Namen des Erblassers eingetragen war, war freilich bestritten, doch hielt das O.L.G. den Testamentsvollstrecker ohne Konsens der Erben hierzu für befugt. Vgl. Attest des O.L.G. vom 3. Mai 1899, 7. Nov. 1900; Melchior, G.B.O. S. 67 Anm. 4; Niemeyer S. 581 f. — Die Befugnis der Landesgesetzgebung, entgegen § 1518 B.G.B., zu einer solchen vom Reichsrecht abweichenden Regelung ergibt sich aus Art. 200 Abs. 1, 218 E.G. z. B.G.B.



d) Die Bestimmungen, nach denen das Amtsgericht in gewissen Fällen bei alten Nachlässen Testamentsvollstrecker ernennen oder entlassen, auch letztwillige Anordnungen, falls sie den Nachlaß erheblich gefährden, abändern oder aufheben und Meinungsverschiedenheiten unter mehreren Testamentsvollstreckern entscheiden kann (s. unten § 145 III 3 d), finden auch auf den Verwalter des Gesamtguts Anwendung (§ 19 Güterstandsgesetz).[16] Nur ist das Amtsgericht in keinem Falle ermächtigt, beim Fortfall eines Verwalters oder falls in dem Testament ein bestimmter Verwalter nicht genannt ist, mehr als e i n e n Verwalter zu erneuen (§ 19 Güterstandsges., § 84 A.G. z. B.G.B.).

IV. Die T e s t i e r b e f u g n i s des überlebenden Ehegatten richtet sich nach dem neuen Recht. Der Ehegatte kann nur über seinen Anteil am Gesamtgut letztwillig verfügen und auch nur hierfür, nicht für das ganze Gesamtgut Testamentsvollstrecker ernennen;[17] er kann nicht in die Rechte der Abkömmlinge eingreifen.

In der Testierbefugnis kann der Ehegatte durch ein gemeinschaftliches Testament beschränkt sein. Inwieweit er ein derartiges unter altem Recht errichtetes Testament nach dem Tode des ersten Ehegatten widerrufen und abändern kann, bestimmt sich nach altem Recht (Art. 214 Abs. 2 E.G. z. B.G.B.). Oben[18] ist bereits ausgeführt worden, daß das gemeinschaftliche Testament nach altem Recht auch nach dem Tode des ersten Ehegatten widerruflich war. Soweit aber der Inhalt korrespektiv ist, verliert der Überlebende, sobald er die Vorteile der Verfügungen des Verstorbenen angenommen oder auch nur die Erbschaft angetreten hat, die Möglichkeit, diejenigen Bestimmungen seines Testaments zu widerrufen, durch deren Existenz der Verstorbene zu seinen Verfügungen veranlaßt wurde.[19] Die Widerruflichkeit eines unter neuem Recht errichteten Testaments richtet sich nach neuem Recht. Danach erlischt die Widerruflichkeit eines korrespektiven Testaments mit dem Tode

16) Die Zulässigkeit dieser Bestimmung gegenüber dem Reichsrecht beruht darauf, daß es sich hier um eine erbrechtliche Wirkung des Güterstandes und nicht um die Verwaltung eines Nachlasses handelt. Daher greifen die für die älteren Nachlässe getroffenen Vorschriften auch Platz, wenn die Fortsetzung der Gütergemeinschaft erst unter neuem Recht eintritt. Stirbt die Witwe und bleibt der Verwalter Testamentsvollstrecker, so finden auf ihn die Bestimmungen des neuen Rechts Anwendung, da ein Nachlaß erst unter neuem Recht eröffnet worden ist.

17) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 195; 1902 Nr. 28.

18) S. S. 721.

19) Vgl. N i e m e y e r S. 426. Beibl. 1891 Nr. 108; 1892 Nr. 120; 1893 Nr. 32, 95; 1901 Nr. 43.

des ersten Ehegatten. Der Überlebende kann jedoch seine Verfügung aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt[20] (§ 2271 Abs. 2 B.G.B.).

V. Das Nachlaßgericht hat dem überlebenden Ehegatten auf Antrag ein Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft zu erteilen.[21] Auf die Erteilung des Zeugnisses finden die Vorschriften über den Erbschein Anwendung.

a) Der überlebende Ehegatte hat zu dem Zwecke durch öffentliche Urkunden nachzuweisen, daß er vor dem 1. Januar 1900 sich verheiratet und den ersten ehelichen Wohnsitz in Hamburg gehabt hat, daß sein Ehegatte gestorben ist, daß gemeinschaftliche zur gesetzlichen Erbfolge berufene Abkömmlinge vorhanden sind; weiter hat er anzugeben, ob eine Verfügung betr. den Ausschluß der fortgesetzten Gütergemeinschaft vorliegt und ob ein Rechtsstreit über den Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft anhängig ist[22] (§§ 2354—2356 B.G.B.).

b) Das Gericht hat von Amts wegen die zur Feststellung des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft erforderlichen Ermittelungen, insbesondere über das Bestehen einer Hamburger Ehe, anzustellen und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen (§ 2358 B.G.B.).

c) Das Zeugnis lautet dahin, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft eingetreten ist, nicht, daß sie noch besteht.[23] Es gilt aber die Rechtsvermutung, daß der Ehegatte Teilhaber der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist.

In das Zeugnis muß auch die Feststellung aufgenommen werden, daß neben den gemeinschaftlichen andere erbberechtigte Abkömmlinge, insbesondere einseitige des verstorbenen Ehegatten, nicht vorhanden sind.[24] In das dem Manne zu erteilende Zeugnis ist aufzunehmen, daß nach dem Hamburgischen Recht der überlebende Ehemann unbeschränkt verfügungsfähig über das Gesamtgut ist (§ 2 Abs. 2 Güterstandsges.). In das der Witwe zu erteilende Zeugnis ist aufzu-

---

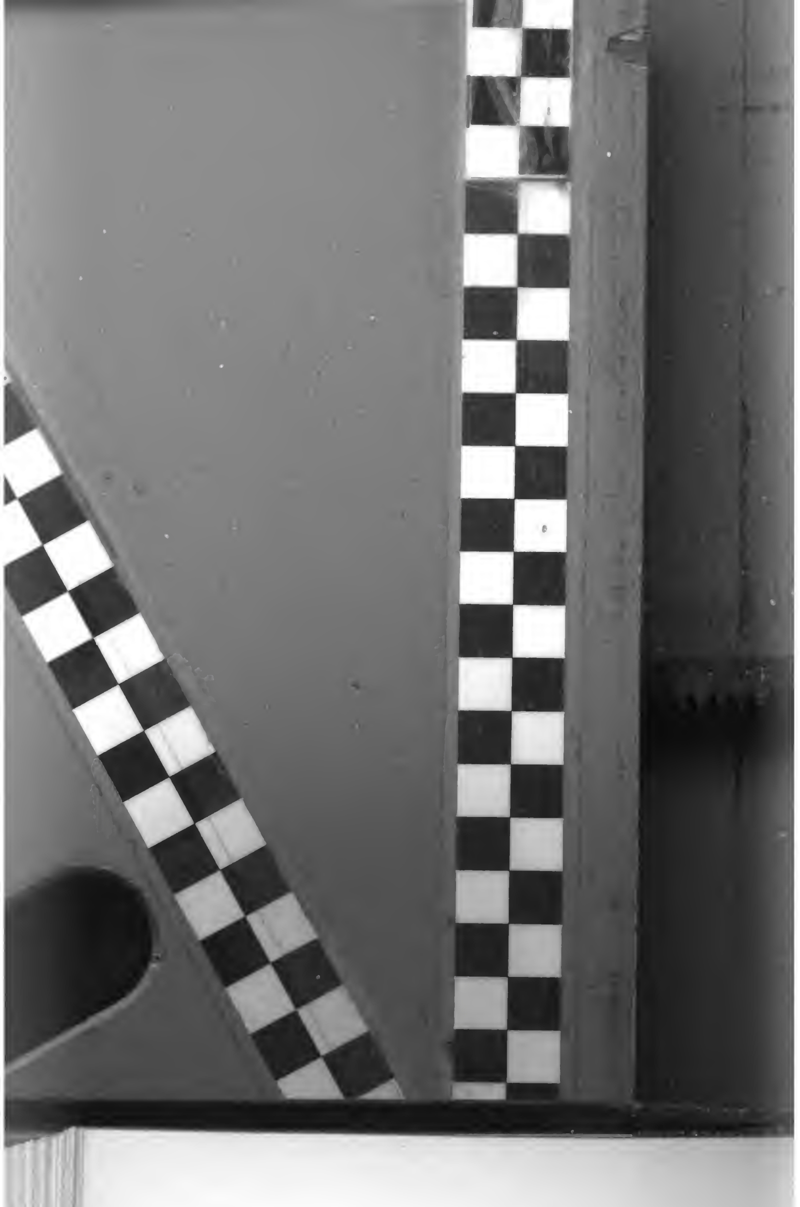
20) Vgl. hierüber Dernburg V S. 259 ff.

21) Bez. der Gebühr vgl. §§ 57, 58 Hamb. Gerichtskostenges. v. 29. Dez. 1899.

22) Die Richtigkeit dieser Angaben ist eidesstattlich zu versichern, doch kann das Gericht hiervon dispensieren (§ 2356 Abs. 2 B.G.B.).

23) Über das Bestehen der fortgesetzten Gütergemeinschaft in einem späteren Moment muß sich jeder, der mit den Ehegatten in Verkehr tritt, selbst vergewissern (Planck IV § 1507 Anm. 2 d).

24) Vgl. Beibl. 1900 Nr. 100, 137.



nehmen, inwieweit dieselbe in der Verfügung über das Gesamtgut beschränkt und ob ein Verwalter des Gesamtguts für sie ernannt ist.

d) Dem durch letztwillige Verfügung bestellten Verwalter ist ein Zeugnis über seine Bestellung vom Nachlaßgericht zu erteilen (§ 19 Güterstandsges., § 89 A.G. z. B.G.B.). In dem Zeugnis ist außer der Bestellung selbst der Umfang der Verwaltungsbefugnisse des Vollstreckers anzugeben. Auf dies Zeugnis finden dieselben Vorschriften Anwendung, wie auf das Zeugnis über die Ernennung eines Testamentsvollstreckers.

e) Ergibt sich, daß ein erteiltes Zeugnis unrichtig ist, so hat das Nachlaßgericht dasselbe einzuziehen, oder, falls es nicht sofort erlangt werden kann, für kraftlos zu erklären [25] (§ 2361 Abs. 1, 2 B.G.B.). Das Zeugnis ist aber nicht einzuziehen, wenn die fortgesetzte Gütergemeinschaft beendet wird.

f) Das Bestehen der fortgesetzten Gütergemeinschaft sowie die Befugnis des Verwalters zur Verfügung über einen Gesamtgutsgegenstand ist seitens des Grundbuchamts nur auf Grund eines solchen Zeugnisses anzunehmen. Beruht jedoch die Ernennung des Verwalters auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt die Vorlage der Verfügung und des Protokolls über die Eröffnung der Verfügung, doch kann das Grundbuchamt auch in solchem Falle die Vorlegung eines Zeugnisses verlangen (§ 36 G.B.O.). Der Vorlage eines Erbscheins bedarf es in diesen Fällen nicht, da der Anteil des Verstorbenen am Gesamtgut nicht zum Nachlaß gehört.

§ 130. Die Gesamtgutsverbindlichkeiten und Ersatzansprüche in der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

I. Bestimmte Verbindlichkeiten sind als Gesamtgutsverbindlichkeiten von dem Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu tragen.

1. Dazu gehören:

a) die Verbindlichkeiten des überlebenden Ehegatten. Gleichgültig ist, ob die Verbindlichkeit vor oder nach dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft entstanden ist, und ob für eine vorher entstandene Verbindlichkeit das eheliche Gesamtgut haftete (§ 1488 B.G.B.);

25) Eine Beschwerde hiergegen findet nicht statt (§ 84 F.G.G.).

b) die Verbindlichkeiten des verstorbenen Ehegatten, für welche das Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft haftete (§ 1488 B.G.B.).

Für die Schulden des verstorbenen Mannes haftet das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft mithin stets, für die Schulden der verstorbenen Frau aber nur in gewissen Fällen (s. § 117 II). Ob die Verbindlichkeiten im Verhältnisse der Ehegatten untereinander dem Gesamtgut oder den einzelnen Ehegatten zur Last fallen, ist ohne Bedeutung.

2. Zu den Gesamtgutsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehören nicht:

a) der eheliche Aufwand, welcher in der ehelichen Gütergemeinschaft dem Gesamtgut zur Last fällt, sowie der Unterhalt und die Aussteuer der Abkömmlinge. Hierfür kommen jetzt die Vorschriften über die Unterhaltspflicht (§§ 1601 ff. B.G.B.), sowie die Gewährung einer Aussteuer (§ 1620 B.G.B.) oder Ausstattung (§ 1624 B.G.B.) in Betracht;

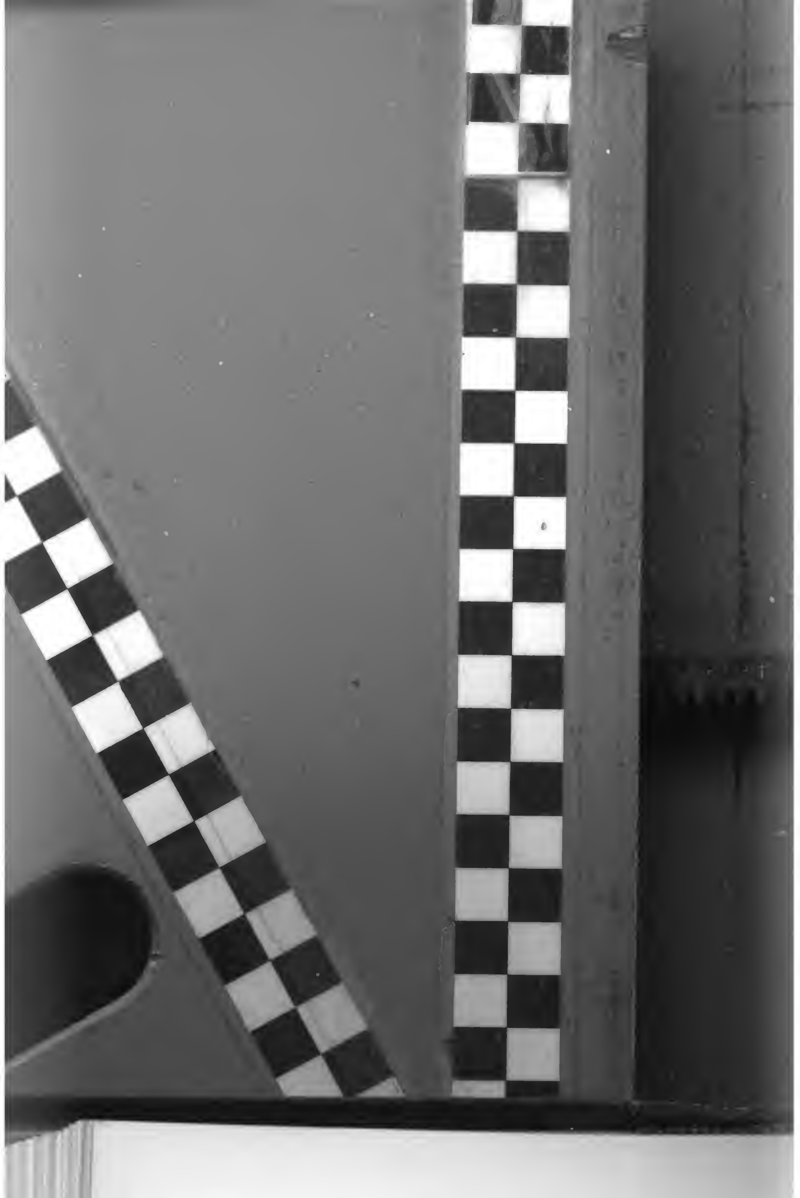
b) die Verbindlichkeiten eines anteilsberechtigten Abkömmlings.

3. Zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist ein gegen den überlebenden Ehegatten ergangenes Urteil erforderlich und genügend (§ 745 Abs. 1 Z.P.O.). Ein gegen den Mann ergangenes Urteil kann auch nach dem Tode der Frau in das Gesamtgut vollstreckt werden. Ist der Mann gestorben, so kann eine vollstreckbare Ausfertigung eines vor seinem Tode gegen ihn ergangenen Urteils dem Gläubiger gegen die Witwe zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut erteilt werden (§§ 744, 727 Z.P.O.).

4. Wird das Konkursverfahren über das Vermögen des überlebenden Ehegatten eröffnet, so gehört das Gesamtgut zur Konkursmasse; eine Auseinandersetzung wegen des Gesamtguts findet zwischen dem Ehegatten und den Abkömmlingen nicht statt (§ 2 Abs. 3 K.O.). Durch das Konkursverfahren über das Vermögen eines oder mehrerer Abkömmlinge wird das Gesamtgut nicht berührt.

II. Neben der Haftung des Gesamtguts für die Gesamtgutsverbindlichkeiten besteht noch eine persönliche Haftung für diese Schulden.

1. Der überlebende Ehegatte haftet stets auch persönlich für die Gesamtgutsverbindlichkeiten (§ 1489 Abs. 1 B.G.B.).



2. Dagegen haften *die Abkömmlinge* auf Grund der fortgesetzten Gütergemeinschaft *niemals* für die Verbindlichkeiten des verstorbenen oder überlebenden Ehegatten (§ 1489 Abs. 3 B.G.B.). Sie haften im inneren Verhältnis zu dem überlebenden Ehegatten für die Gesamtgutsverbindlichkeiten mit ihrem Anteile. Eine Haftung der Abkömmlinge kann indessen unter anderem Gesichtspunkte stattfinden, z. B. weil die Abkömmlinge Erben des Verstorbenen sind. Sie sind Erben, auch wenn der Verstorbene ein Sondergut oder Vorbehaltsgut nicht hinterläßt; in letzterem Falle besteht der Nachlaß, da der Anteil des Verstorbenen am Gesamtgut zu seinem Nachlaß nicht gehört, aus nichts. Die Erben müssen sich dann nach den Vorschriften über die Beschränkung der Erbenhaftung (§§ 1967 ff. B.G.B.) von der persönlichen Haftung frei machen.[1]

3. Die persönliche *Haftung des überlebenden Ehegatten* für die beim Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft bestehenden Gesamtgutsverbindlichkeiten, welche ihn lediglich infolge des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft trifft, kann nach den Vorschriften der Haftung der Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten *abgewandt werden* (§ 1489 Abs. 2 B.G.B.). Dies Recht hat wesentliche Bedeutung für die Witwe, da sie andernfalls für sämtliche Gesamtgutsverbindlichkeiten, auch für die in der Person des Mannes entstandenen, haften müßte. Aber auch der Witwer kann sich von der Haftung für diejenigen Verbindlichkeiten befreien, welche im inneren Verhältnis der Ehegatten der Frau zur Last fallen.

Im einzelnen kommen hierfür folgende Grundsätze zur Anwendung:

a) Die persönliche Haftung der überlebenden Ehegatten kann auf den *Bestand des Gesamtguts*, den es zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft hat,[2] *beschränkt* werden. Diese Beschränkung muß besonders herbeigeführt werden.

Dies geschieht durch die Anordnung der *Gesamtgutsverwaltung* oder des *Gesamtgutskonkurses*. Auf die Gesamtgutsverwaltung finden die Vorschriften über die Nachlaßverwaltung (§§ 1981—1989 B.G.B.), auf den Gesamtgutskonkurs diejenigen über den Nachlaßkonkurs (§§ 214—234 K.O.) Anwendung.

---

1) Vgl. Beibl. 1900 Nr. 62; 1902 Nr. 160; 1903 Nr. 135, 147.

2) Dazu gehört nicht eine Lebensversicherungssumme, welche dem überlebenden Ehegatten gemäß Verfügung des verstorbenen Ehegatten zufällt (Beibl. 1905 Nr. 169).

Es ist hier auf die betreffenden reichsrechtlichen Vorschriften [3] zu verweisen. Dazu ist zu bemerken:

α) An Stelle des Erben tritt der überlebende Ehegatte, nicht aber die Abkömmlinge.

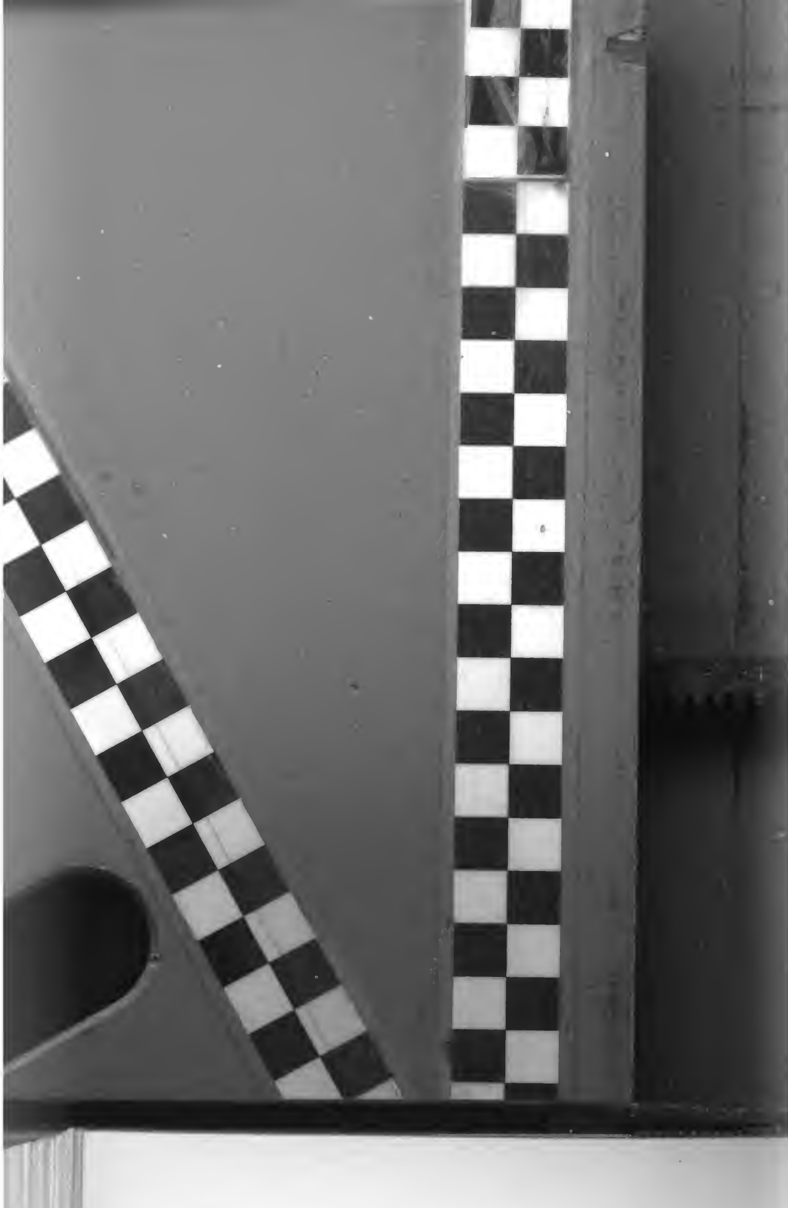
β) An Stelle der Nachlaßgläubiger treten alle Gläubiger, welche zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft Gesamtgutsgläubiger sind (§ 236 K.O.).

γ) Dagegen sind zum Antrag auf Anordnung der Verwaltung oder des Konkurses nur diejenigen Gesamtgutsgläubiger berechtigt, denen gegenüber der überlebende Ehegatte zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht persönlich haftete. Die Abkömmlinge sind auch aus diesem Gesichtspunkte zur Antragstellung nicht befugt (§ 236 K.O.).

δ) Dem Gesamtguts- und Konkursverwalter ist nur dasjenige Gesamtgut herauszugeben, welches beim Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft vorhanden ist. Etwaige Ersatzansprüche sind sofort zu erfüllen, da eine vollständige Auseinandersetzung zwischen dem zur Befriedigung der genannten Gläubiger zu verwendenden und dem später entstandenen Gesamtgut sowie dem eigenen Vermögen des überlebenden Ehegatten erfolgen muß.

b) Die persönliche Haftung des überlebenden Ehegatten kann ferner infolge eines auf ein Aufgebot ergehenden Ausschlußurteils beschränkt werden. Hat der Ehegatte durch ein Aufgebot der Gesamtgutsgläubiger ein solches Urteil erwirkt, so darf er die Befriedigung eines ausgeschlossenen Gläubigers insoweit verweigern, als das Gesamtgut durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gesamtgutsgläubiger, deren Forderungen schon im Zeitpunkte des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft bestanden haben, erschöpft wird. Er muß jedoch den ausgeschlossenen Gläubiger vor den Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten und etwaigen Zuwendungen aus der Beschränkung des Pflichtteils an Dritte befriedigen (§ 1973 Abs. 1 B.G.B.). Den nach Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gesamtgutsgläubiger vorhandenen Überschuß hat der überlebende Ehegatte den ausgeschlossenen Gläubigern nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben (§ 1973 Abs. 2 B.G.B.). Der Ehegatte kann durch Einrede geltend machen, daß er nicht pure, sondern bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in den Gesamtgutsrest ver-

3) Vgl. Dernburg V S. 362 ff. und Planck IV § 1489 Anm. 3.



urteilt werde, der Gläubiger kann aber auch sofort seine Klage auf Verurteilung des Ehegatten zur Zahlung bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in den Gesamtgutsrest richten.[4]

c) In gleicher Weise wie unter b wird die persönliche Haftung des überlebenden Ehegatten beschränkt

α) auf den vorhandenen Überschuß, falls der Gesamtgutskonkurs durch Verteilung der Masse oder durch Zwangsvergleich beendigt wird (§ 1989 B.G.B.);

β) auf den Bestand des Gesamtguts zur Zeit des Eintritts der Gütergemeinschaft, falls die Anordnung der Verwaltung oder die Eröffnung des Konkurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich ist oder aus diesem Grunde die Verwaltung aufgehoben oder der Konkurs eingestellt wird[5] (§ 1990 B.G.B.). In diesem Falle hat der Ehegatte das Gesamtgut jedoch nicht nach Maßgabe seiner ungerechtfertigten Bereicherung, sondern unbeschränkt herauszugeben.

d) Die persönliche Beschränkung der Haftung tritt nur ein, wenn der Ehegatte sie im Prozeß geltend gemacht hat und sie ihm im Urteil vorbehalten ist (§§ 786, 780 Abs. 1 Z.P.O.).

Bei der Zwangsvollstreckung gegen den überlebenden Ehegatten bleibt die Beschränkung der Haftung unberücksichtigt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung von dem Ehegatten Einwendungen erhoben werden (§ 781 Z.P.O.).

Ein Urteil, welches während der ehelichen Gütergemeinschaft gegen den Mann ergangen ist, kann gegen den überlebenden Mann auch nach Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft persönlich vollstreckt werden. Dagegen kann ein solches Urteil gegen die Frau nicht persönlich vollstreckt werden (s. oben I 3); vielmehr muß zu dem Zwecke ein neuer Prozeß angestrengt werden.

e) Eine Verwirkung der Beschränkung der persönlichen Haftung des überlebenden Ehegatten tritt ein, wenn der Ehegatte die ihm auf Antrag von Gesamtgutsgläubigern vom Nachlaßgericht gesetzte Frist zur Errichtung eines Inventars versäumt (§ 1994 Abs. 1

4) Vgl. zu diesen bestrittenen Fragen Dernburg V S. 465 f.; Planck V § 1973 Anm. 5; Beibl. 1905 Nr. 169.

5) Vgl. hierzu Dernburg V S. 478 ff. Ist tatsächlich der Konkurs wegen Mangel an Masse nicht eröffnet oder aufgehoben worden, so ist dem Erben ein weiterer Nachweis der Ärmlichkeit des Nachlasses nicht mehr zuzumuten (Beibl. 1905 Nr. 169).

B.G.B.), wenn er absichtlich ein unrichtiges Inventar errichtet oder bei der durch das Gericht vorgenommenen Aufnahme des Inventars die Erteilung der Auskunft verweigert oder absichtlich in erheblichem Maße verzögert (§ 2005 Abs. 1 B.G.B.). Die Verwirkung der Haftungsbeschränkung tritt allen Gesamtgutsgläubigern gegenüber ein. Nur dem einzelnen Gläubiger gegenüber haftet der Ehegatte unbeschränkt, wenn er ihm gegenüber die Leistung des Offenbarungseides über das Inventar verweigert (§ 2006 Abs. 3 B.G.B.).

f) Der Ehegatte ist, falls seine persönliche Haftung beschränkt ist, berechtigt, die Berichtigung einer Gesamtgutsverbindlichkeit zu verweigern

α) bis zum Ablauf der ersten drei Monate nach dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 2014 B.G.B.);

β) wenn er den Antrag auf Erlaß des Aufgebots binnen eines Jahres nach Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft gestellt hat, bis zur Beendigung des Aufgebotsverfahrens (§ 2015 B.G.B.).

Durch die Geltendmachung dieser aufschiebenden Einreden wird die Verurteilung des Ehegatten zur Zahlung nicht ausgeschlossen. Dieselbe erfolgt unter dem Vorbehalt der beschränkten Haftung (§ 305 Abs. 2 Z.P.O.). Der Ehegatte kann verlangen, daß die Zwangsvollstreckung für die Dauer der genannten Fristen auf Sicherungsmaßregeln, wie sie zur Vollstreckung eines Arrestes zulässig sind, beschränkt wird (§§ 786, 782 Z.P.O.).

Die Verjährung der Forderungen wird durch diese Fristen nicht gehemmt (§ 202 Abs. 2 B.G.B.).

III. Wie in der ehelichen (s. oben § 121), so kommen auch in der fortgesetzten Gütergemeinschaft Ersatz- und Ausgleichungsansprüche in Betracht.

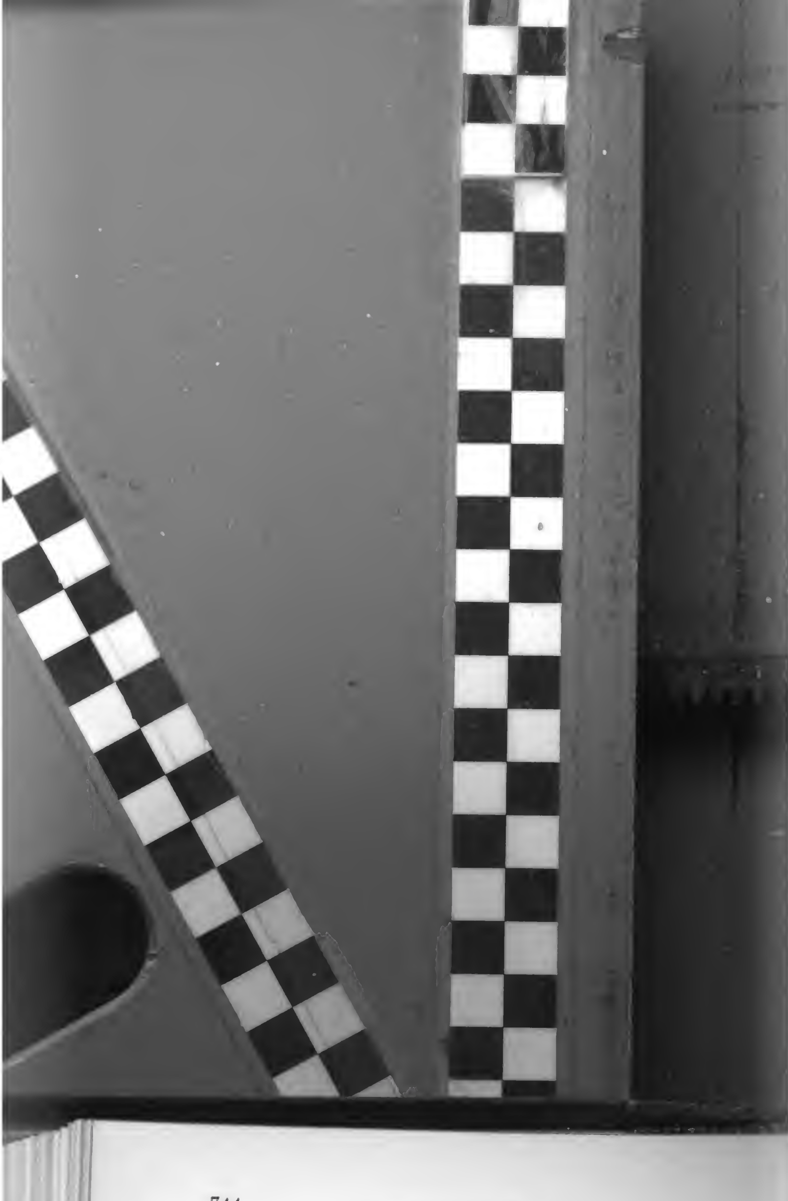
1. Beim Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft bestehen die Ersatzansprüche aus der ehelichen Gütergemeinschaft.

2. Während der fortgesetzten Gütergemeinschaft entstehen folgende Ersatzansprüche:

a) Aus dem Gesamtgut können Verbindlichkeiten getilgt sein, welche im inneren Verhältnis dem überlebenden Ehegatten zur Last fallen[6] oder

---

6) Die Erörterung des Verhältnisses, in welchem die Verbindlichkeiten im inneren Verhältnis dem überlebenden Ehegatten und den Abkömmlingen zur Last fallen, erfolgt bei der Darstellung der Auseinandersetzung, da diese Frage dort allein von Wichtigkeit ist. S. § 132 III.



der Ehegatte kann Gesamtgutsverbindlichkeiten aus seinem Vorbehaltsgut getilgt haben.

Diese Fälle sind unter den Begriff der „Verwendung" unterzuordnen, hinsichtlich deren die Vorschrift besteht, daß, wenn der überlebende Ehegatte Gesamtgut in sein Vorbehaltsgut verwendet oder umgekehrt Vorbehaltsgut in das Gesamtgut, dafür Ersatz verlangt werden kann (§§ 1487, 1466 B.G.B.). Im einzelnen vgl. hierüber § 121 I 1.

b) Ein Ersatzanspruch der Abkömmlinge gegen den überlebenden Ehegatten entsteht daraus, daß der Ehegatte das Gesamtgut vermindert hat

α) in der Absicht, die Abkömmlinge zu benachteiligen;

β) durch ein Rechtsgeschäft, das er ohne die erforderliche Zustimmung der Abkömmlinge vorgenommen hat (§§ 1487, 1456 B.G.B.). Dies trifft nur den Anspruch gegen die Witwe, da der Witwer nach dem Güterstandsgesetz die unbeschränkte Verfügung über das Gesamtgut hat. Sie fällt ganz fort, wenn an Stelle der Witwe ein oder mehrere Verwalter das Gesamtgut verwalten und deren Verwaltungsbefugnisse nicht durch die letztwillige Verfügung dahin eingeschränkt sind, daß sie verpflichtet sind, zu bestimmten Rechtsgeschäften die Zustimmung der Abkömmlinge einzuholen.

c) Tritt eine Bereicherung des Gesamtguts durch ein Rechtsgeschäft ein, welches die Witwe ohne die erforderliche Zustimmung der Abkömmlinge vorgenommen hat, so entsteht ein Anspruch gegen das Gesamtgut auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 1487, 1455 B.G.B.). Im einzelnen vgl. hierüber § 121 I 3. Diese Bestimmung hat ebenfalls keine Bedeutung, wenn die Verwaltung des Gesamtguts einem oder mehreren Verwaltern unbeschränkt übertragen ist. Sie kommt aber zur Anwendung, wenn den Verwaltern durch die letztwillige Verfügung eine Beschränkung auferlegt ist, wie unter b β hervorgehoben.

d) Ersatzansprüche können auch aus Schuldverhältnissen zwischen dem Ehegatten und den Abkömmlingen entspringen, welche an sich mit dem güterrechtlichen Verhältnis nicht im Zusammenhange stehen.

3. Die Fälligkeit der Ersatzansprüche ist eine verschiedene.

a) Die Ersatzansprüche, welche dem Vorbehalts- oder Sondergut des verstorbenen Ehegatten gegen das Gesamtgut oder letzterem gegen jene Güter zustehen, müssen sofort nach Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft erfüllt werden.

b) Die Ersatzansprüche des überlebenden Ehegatten gegen das Gesamtgut oder des Gesamtguts gegen diesen Ehegatten müssen dagegen erst nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft erfüllt werden, mögen sie während der Ehe oder nachher entstanden sein (§ 1487 Abs. 2 B.G.B.). Eine Ausnahme hiervon besteht:

α) für die Auseinandersetzung mit den einseitigen Abkömmlingen bei Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Bei der Berechnung der Erbteile dieser Abkömmlinge müssen die Ersatzansprüche veranschlagt und erfüllt werden, soweit dies erforderlich ist, um die Erbteile auskehren zu können;

β) für den Fall der Gesamtgutsverwaltung und des Gesamtgutskonkurses.

Da der Ehegatte das Gesamtgut an den Verwalter herauszugeben hat, muß in diesen Fällen eine Auseinandersetzung hinsichtlich der Ersatzansprüche erfolgen.

4. Die Geltendmachung des Ersatzanspruchs bei der Auseinandersetzung erfolgt grundsätzlich dadurch, daß die Schuld dem Ersatzpflichtigen zur Last gelegt und auf seinen Anteil angerechnet wird.

Im übrigen s. unten § 132 III und IV.

§ 131. Die Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

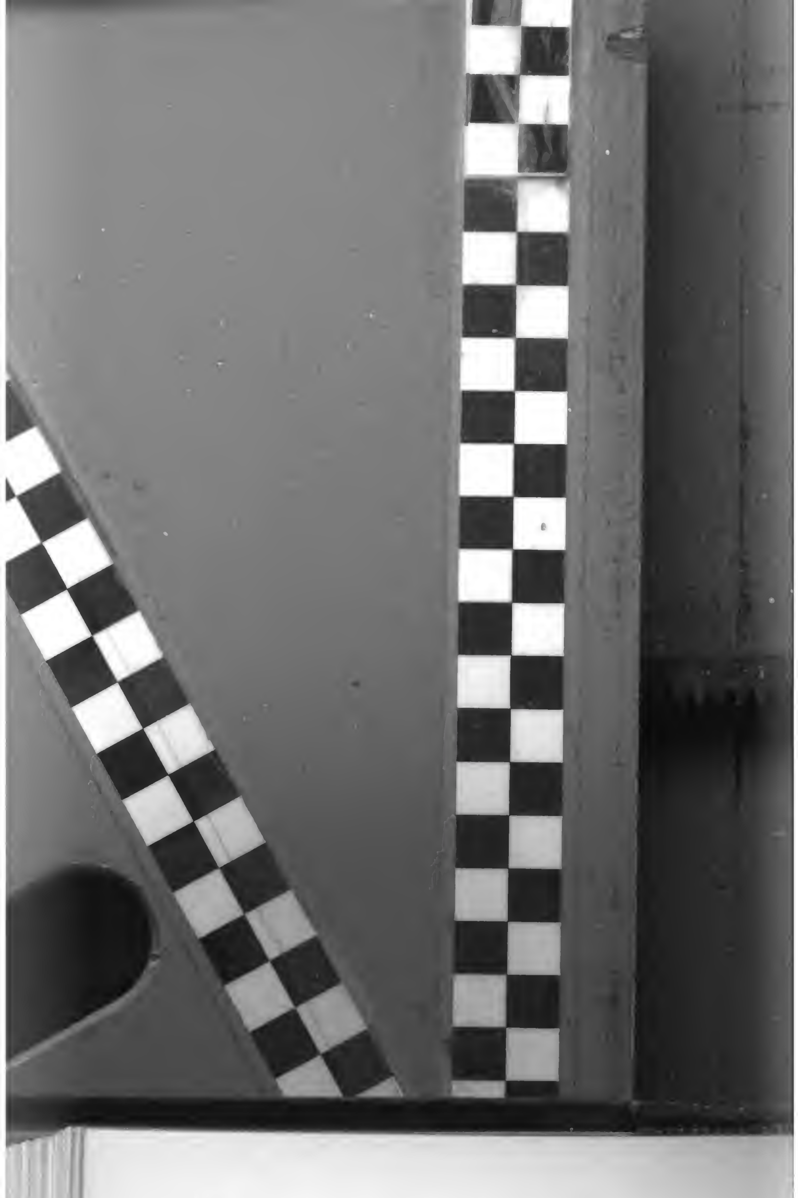
I. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft kann von dem überlebenden Ehegatten jederzeit aufgehoben werden. Die Aufhebung erfolgt

1. durch einseitige öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem für den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten zuständigen Gerichte[1] (§ 1492 B.G.B.). Zur Beurkundung dieser Erklärung sind die Amtsgerichte befugt (§ 14 Hamb. F.G.G.);

2. durch notariell[2] beurkundeten Vertrag zwischen dem Ehegatten und den anteilsberechtigten Abkömmlingen.

1) Das Gericht soll die Erklärung den Abkömmlingen und, wenn der Ehegatte gesetzlicher Vertreter eines der Abkömmlinge ist, dem Vormundschaftsgerichte mitteilen, damit eventuell zur Wahrung der Rechte des Abkömmlings ein Pfleger bestellt wird.

2) Vgl. § 8 Hamb. F.G.G.



In beiden Fällen ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich, falls der überlebende Ehegatte unter elterlicher Gewalt, unter Vormund- oder Pflegschaft steht (§ 1492 Abs. 3 B.G.B.), im Falle zu 2 auch, wenn dies bez. eines anteilsberechtigten Abkömmlings zutrifft. Diese Aufhebung ist nur gegenüber allen Abkömmlingen zulässig. Eine Abteilung einzelner Abkömmlinge ist nur mit deren Willen im Wege des Verzichts[3] möglich. Nach der Aufhebung der Gütergemeinschaft findet die Auseinandersetzung statt.

II. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft endigt von Rechts wegen mit der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten (§ 1493 B.G.B.).

1. Sind nur volljährige, nicht bevormundete anteilsberechtigte Abkömmlinge vorhanden, so hat nach der Wiederverheiratung die Auseinandersetzung zu erfolgen.

a) Diese findet stets nach den Vorschriften des B.G.B. statt (s. folgenden Paragraphen), wenn die Frau sich wieder verheiratet.

b) Dagegen hat der wiederheiratende Mann die Wahl, ob er die Auseinandersetzung nach den Vorschriften des B.G.B. vornehmen, oder ob er den anteilsberechtigten Abkömmlingen den Wert desjenigen zurückerstatten will, was die verstorbene Frau in die Gütergemeinschaft eingebracht hat[4] (§ 16 Abs. 1 Güterstandsges.).

α) **Wählt er das letztere, so hat er den Abkömmlingen heraus-**

3) S. § 125 VI 1.

4) Nach dem alten Recht endete die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht mit der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten. Vielmehr hatte der Ehegatte die Wahl, ob er mit den Kindern einen Einkindschaftsvertrag abschließen, ob er sie ganz abteilen, d. h. die Gütergemeinschaft nach Quoten auflösen, oder ob er die Kinder vom Mütterlichen abteilen, d. h. ihnen das Eingebrachte der Mutter ausliefern wollte. Dies letztere war eine im Anschluß an das römische Recht eingeführte, gegenüber dem Statut regelwidrige Befugnis, aus welcher Rückschlüsse auf das während der Ehe bestehende Rechtsverhältnis nicht gezogen werden sollten (vgl. Baumeister II S. 143; Gries II S. 287; Niemeyer S. 413 ff.; Beibl. 1907 Nr. 98). Der Abschluß eines Einkindschaftsvertrages ist nach neuem Recht nicht mehr zulässig. Doch hat das Güterstandsges. dem Ehegatten die andern beiden Möglichkeiten offen gehalten. Über die Abteilung vom Mütterlichen handelten Art. 4 III 3 des Statuts und Art. 30 der Vormundschaftsordnung v. 14. Dez. 1883 (Wulff 1. Aufl. II S. 357). Diese Bestimmungen sind, wenn auch ihr wesentlicher Inhalt durch den § 16 des Güterstandsges. wiedergegeben wird, aufgehoben und nicht mehr anwendbar.

zugeben den Wert[5] (§ 16 Abs. 1 Satz 2 Güterstandsges., § 1478 Abs. 2 B.G.B.)

aa) desjenigen, was der Frau bei Eingehung der Ehe gehört hat (§ 1520 B.G.B.);

bb) desjenigen, was die Frau von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erworben hat, außer wenn der Erwerb den Umständen nach zu den Einkünften zu rechnen ist (§ 1521 B.G.B.), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Erwerb vor oder nach dem 1. Januar 1900 erfolgt ist;

cc) desjenigen, was eventuell nach einem Ehevertrag als eingebracht im Sinne dieser Vorschriften gelten soll (§ 1523 B.G.B.);

dd) falls zu den anteilsberechtigten Abkömmlingen solche gehören, welche aus einer früheren Ehe des Mannes abstammen, oder mit denen der Mann bereits bei Eingehung einer früheren Ehe einen Einkindschaftsvertrag geschlossen hat, auch desjenigen, was die frühere Frau eingebracht hat (§ 16 Abs. 2 Güterstandsges.).

Über die Ausgleichungspflicht bez. des Vorempfangenen ist im Gesetz nichts gesagt. Anzunehmen ist, daß hier der Standpunkt des alten Rechts[6] aufrechterhalten ist, nach welchem die Abkömmlinge dasjenige zu konferieren haben, was ihnen ausdrücklich als Teil des mütterlichen Vermögens vorher gegeben war.

Alles dasjenige, was der Mann zurückzuerstatten hat, wird unter die anteilsberechtigten Abkömmlinge ohne Rücksicht darauf, ob dieselben aus mehreren Ehen stammen, nach denselben Grundsätzen verteilt wie bei der Auseinandersetzung des B.G.B. (§ 16 Abs. 3 Güterstandsges.).

Das gesetzliche Erbrecht und der Pflichtteilsanspruch gegenüber dem Vater werden durch diese Abteilung vom Mütterlichen nicht berührt.

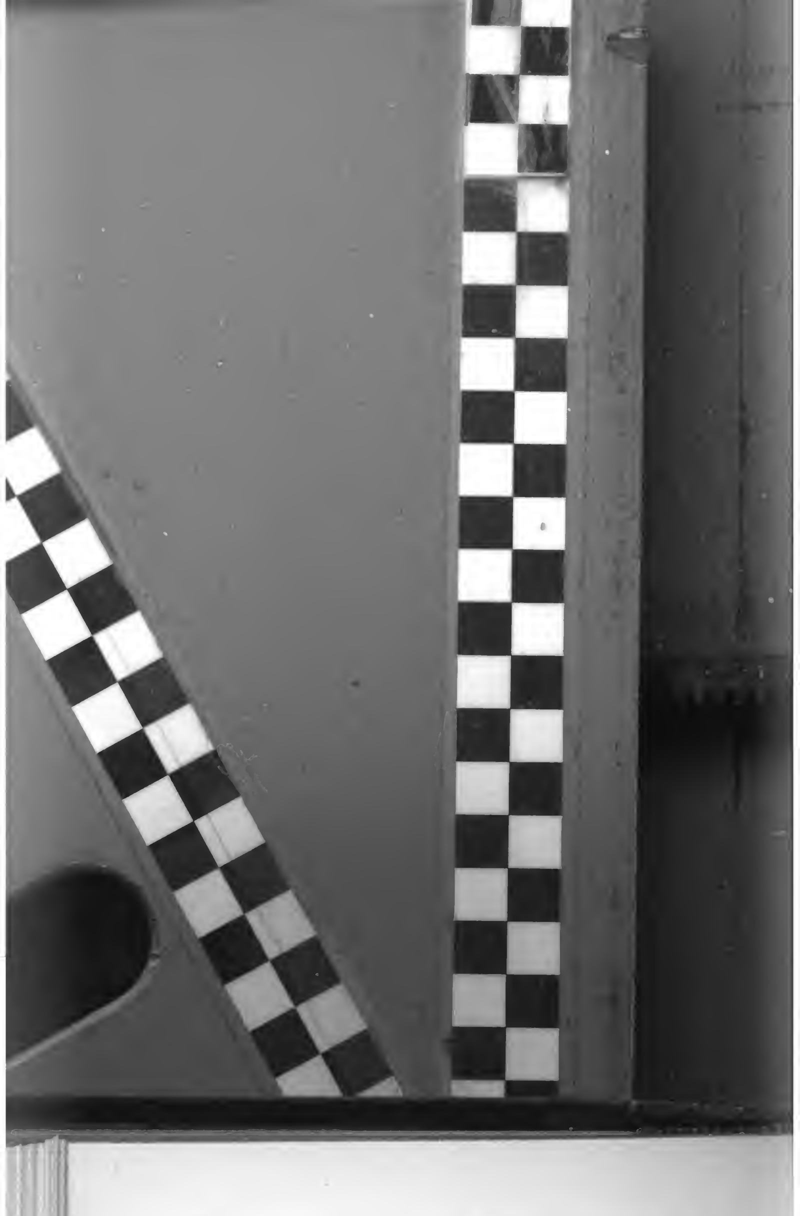
β) Entscheidet sich der wieder heiratende Mann für die Auseinandersetzung nach dem B.G.B., so erfolgt diese vollständig nach diesen Bestimmungen. Insbesondere behalten die Kinder erster Ehe auch nach der Auseinandersetzung ihr gesetzliches Erbrecht und ihren Pflichtteilsanspruch gegenüber dem Vater, während nach früherem Recht — wenigstens nach der herrschenden Ansicht[7] — gänzlich abgeteilte

---

5) Der Wert bestimmt sich nach der Zeit des Einbringens. § 1522 B.G.B. kommt nicht in Betracht, da die hier genannten Gegenstände nicht in die Gütergemeinschaft gefallen sind, sondern Sondergut geblieben sind, § 1524 nicht, weil der Wert zur Zeit der Einbringung maßgebend ist.

6) Vgl. Baumeister II S. 143; Niemeyer S. 415.

7) Vgl. Baumeister II S. 231, 269; Heise und Cropp II S. 265; Niemeyer S. 412 f.; Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 84 f;



Kinder ihr Pflichtteilsrecht ganz verloren und hinsichtlich des gesetzlichen Erbrechts durch unabgeteilte Geschwister oder Stiefgeschwister oder deren Deszendenten ausgeschlossen wurden, jedoch im Falle des Nichtvorhandenseins unabgeteilter Kinder ab intestato erbten.

2. Sind aus der ersten Ehe minderjährige oder bevormundete anteilsberechtigte Abkömmlinge vorhanden, so muß die Aufhebung und Auseinandersetzung der fortgesetzten Gütergemeinschaft grundsätzlich schon vor der Wiederverheiratung in der unter I bezeichneten Weise erfolgen (§ 1493 Abs. 2 B.G.B.). Der überlebende Ehegatte muß deshalb dem Vormundschaftsgericht die Absicht der Wiederverheiratung anzeigen, ein Verzeichnis des Gesamtguts einreichen und angeben, für welche Art der Auseinandersetzung er sich entscheidet (§ 16 Abs. 1 Satz 3 Güterstandsges.). Das Vormundschaftsgericht kann auf Antrag gestatten, daß die Aufhebung der Gütergemeinschaft bis zur Eheschließung unterbleibt und die Auseinandersetzung erst später erfolgt. Die Auseinandersetzung erfolgt auf einem der beiden unter 1 b angegebenen Wege.

Ist die Auseinandersetzung erfolgt oder hat das Vormundschaftsgericht die Verschiebung der Auseinandersetzung bis nach der Eheschließung gestattet, so hat das Vormundschaftsgericht dem Ehegatten ein Zeugnis hierüber zu erteilen, ohne welches die zweite Ehe nicht geschlossen werden darf (§ 1314 Abs. 2 B.G.B.).

III. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft endigt mit dem Tode des überlebenden Ehegatten[8] (§ 1494 Abs. 1 B.G.B.). Im Falle der Todeserklärung des überlebenden Ehegatten endigt die fortgesetzte Gütergemeinschaft mit dem Zeitpunkte, welcher als Zeitpunkt des Todes gilt (§ 1494 Abs. 2 B.G.B.). In diesem Falle tritt nicht bloß die Vermutung des § 18 B.G.B. ein.

Wird die fortgesetzte Gütergemeinschaft durch den Tod oder die Todeserklärung des überlebenden Ehegatten aufgelöst, so findet die Auseinandersetzung unter den anteilsberechtigten Abkömmlingen und den etwaigen sonstigen (z. B. Testaments-) Erben des Ehegatten statt. Es muß zunächst ebenso wie bei der Auseinandersetzung unter Lebenden der

Beibl. 1885 Nr. 26; 1889 Nr. 53. A. M. von neueren Schriftstellern Goldfeld S. 82 f., sowie die dort S. 82 Anm. 6 angeführten Schriftsteller.

8) Bez. des Todes eines anteilsberechtigten Abkömmlings s. § 125 VI 1 a.

Anteil des Ehegatten am Gesamtgut festgestellt werden. Dieser gehört zu seinem Nachlaß und wird nach den erbrechtlichen Vorschriften vererbt.

IV. Gleich wie die eheliche Gütergemeinschaft auf Klage eines der Ehegatten, insbesondere der Frau (§ 122 II 2), aufgehoben werden kann, so kann die fortgesetzte Gütergemeinschaft auf Grund der Klage eines anteilsberechtigten Abkömmlings aufgehoben werden (§ 1495 B.G.B.).

1. Diese Klage kann gegen den Witwer und die Witwe erhoben werden,

a) wenn sie das Gesamtgut in der Absicht, den Nachkömmling zu benachteiligen, vermindert haben;

b) wenn sie ihre Unterhaltspflicht dem Abkömmling gegenüber verletzt haben und für die Zukunft eine erhebliche Gefährung des Unterhalts zu besorgen ist;

c) wenn sie wegen einer an dem Abkömmling verübten strafbaren Handlung die elterliche Gewalt über den Abkömmling verwirkt haben oder, falls sie ihnen zugestanden haben würde, verwirkt haben würden;[9]

d) wenn sie wegen Verschwendung entmündigt sind oder das Gesamtgut durch Verschwendung erheblich gefährden.

In den Fällen a bis c ist bloß derjenige Abkömmling zur Klagerhebung berechtigt, in dessen Person diese Voraussetzungen gegeben sind, im Falle d jeder Abkömmling.

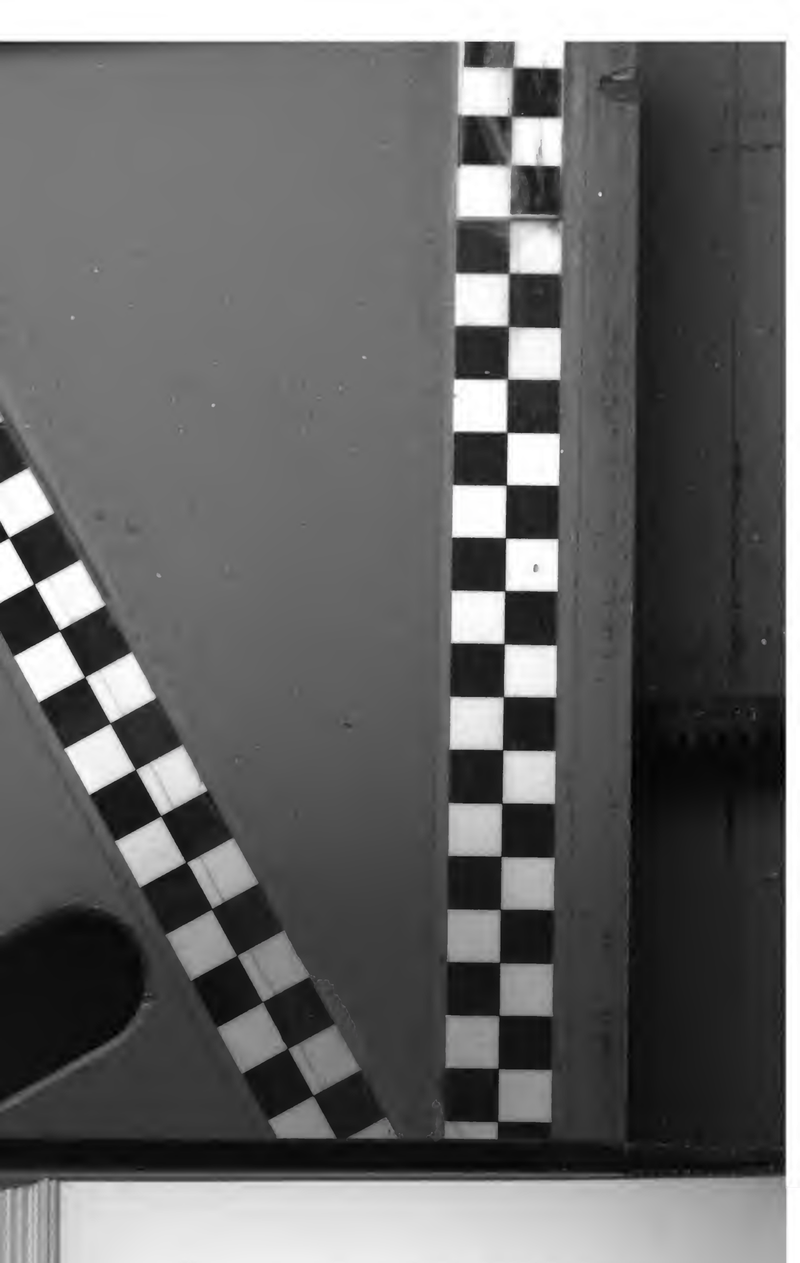
2. Gegen die Witwe kann die Klage von jedem Abkömmling erhoben werden, dessen Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft sie in den erforderlichen Fällen nicht eingeholt hat, falls für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Abkömmlings zu besorgen ist[10] (§ 1495 Ziff. 1 B.G.B.). Dies Klagerecht fällt indessen fort, wenn die Verwaltung an Stelle der Witwe einem Verwalter übertragen und diesem nicht ausdrücklich auferlegt ist, zu bestimmten Rechtsgeschäften die Zustimmung der Abkömmlinge einzuholen.

3. Andere Gründe berechtigen den Abkömmling nicht zur Erhebung der Klage.

4. Die Aufhebung der Gütergemeinschaft tritt in diesen Fällen mit der Rechtskraft des Urteils (§ 1496 B.G.B.) ein. Sie

9) Vgl. §§ 1495 Ziff. 5, 1680 B.G.B.

10) Dem Witwer gegenüber kommt dieser Klagegrund nicht in Betracht, weil er die in § 1495 Ziff. 1 erwähnten Rechtsgeschäfte ohne Zustimmung der Abkömmlinge vornehmen darf (§ 2 Güterstandsges.).



wirkt nicht zurück auf den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit, doch können die Abkömmlinge mit Bezug auf die Feststellung der Teilungsmasse verlangen,[11] daß die Auseinandersetzung so erfolgt, wie wenn der Anspruch auf Auseinandersetzung mit der Erhebung der Klage auf Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft rechtshängig geworden wäre (§§ 1498, 1479 B.G.B.).

Die Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft wirkt für alle Abkömmlinge, auch wenn das Urteil auf die Klage eines der Abkömmlinge ergangen ist und dieser allein klageberechtigt war.

§ 132. Die Auseinandersetzung der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

Infolge der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft findet die Auseinandersetzung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den anteilsberechtigten Abkömmlingen, sowie zwischen den letzteren selbst statt.

I. Bis zur Auseinandersetzung bleibt ebenso wie bei der Auseinandersetzung der ehelichen Gütergemeinschaft die Gemeinschaft zur gesamten Hand bestehen.[1] Die Verwaltung des Gesamtguts steht während dieses Zustandes dem überlebenden Ehegatten und den anteilsberechtigten Abkömmlingen gemeinschaftlich zu (§ 1497 Abs. 2 B.G.B.).

Nach der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist vor der Auseinandersetzung die Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut nur zulässig, wenn der überlebende Ehegatte und die Abkömmlinge zu der Leistung, oder der eine Teil zur Leistung und der andere zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt sind (§§ 745, 743 Z.P.O., vgl. auch §§ 744, 727, 730—732 ebenda).

Im übrigen ist zu verweisen auf das im § 123 I Ausgeführte.

II. Die Auseinandersetzung kann nach Vereinbarung sämtlicher Beteiligten erfolgen. Tritt eine solche nicht ein, so hat das Gericht die Auseinandersetzung zu vermitteln (§ 99 F.G.G.). Zuständig für die Vermittelung ist grundsätzlich das Amtsgericht, in dessen Bezirk der überlebende Ehegatte zur Zeit der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hatte. Nur wenn ein Anteil an dem Gesamtgut zu einem Nachlaß gehört, ist das Nachlaßgericht zuständig.[2]

11) Vgl. hierzu Planck IV § 1498 Anm. 5.
1) Vgl. Amtsger.Samml. 1902 S. 291.
2) Über die Herbeiführung der Auseinandersetzung im Prozeßwege s. § 123 II a. E.

III. Die Auseinandersetzung richtet sich im wesentlichen nach den für die eheliche Gütergemeinschaft gegebenen Vorschriften. Zunächst ist die zu teilende Masse festzustellen. Bei der Berechnung der Masse ist eine Abfindung, welche einem anteilsberechtigten Abkömmling aus dem Gesamtgut für einen Verzicht gewährt ist, in das Gesamtgut einzurechnen (§ 1501 B.G.B.).

Zur Feststellung der Masse sind die Gesamtgutsverbindlichkeiten zu berichtigen.

1. Diese Verbindlichkeiten fallen im inneren Verhältnis des Ehegatten zu den Abkömmlingen regelmäßig dem Gesamtgut zur Last. Hat der Ehegatte oder haben die Abkömmlinge die Verbindlichkeit aus ihrem eigenen Vermögen berichtigt, so können sie Ersatz vom Gesamtgut verlangen.[3]

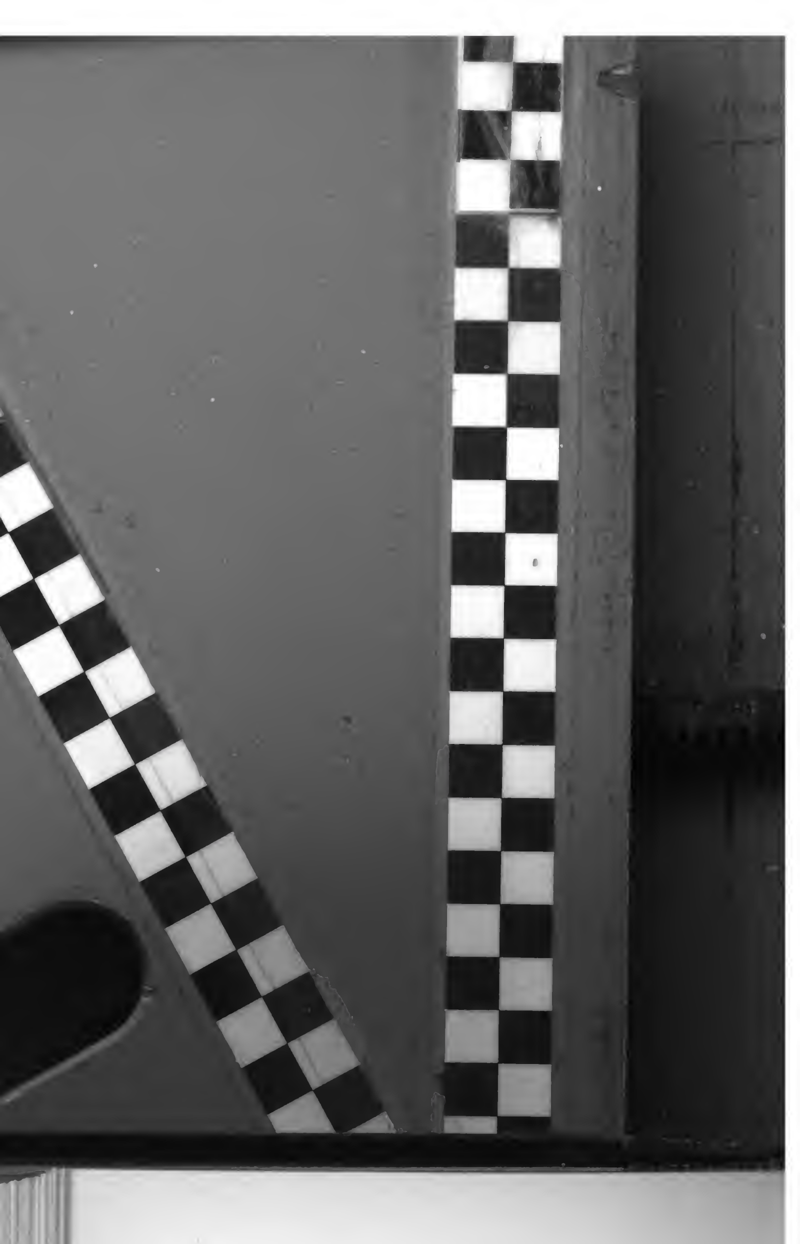
2. Ausnahmsweise fallen Gesamtgutsverbindlichkeiten im inneren Verhältnis dem Ehegatten oder den Abkömmlingen zur Last. Sind diese bereits aus dem Gesamtgut getilgt, so müssen die Ersatzpflichtigen sich dasjenige, was sie zu ersetzen haben, auf ihren Teil anrechnen lassen (§§ 1498, 1476 Abs. 2 B.G.B.). Soweit ein Ersatzanspruch des überlebenden Ehegatten nicht durch Anrechnung erfüllt wird, bleibt der Ehegatte den Abkömmlingen verpflichtet, nicht aber tritt eine Verpflichtung der Abkömmlinge gegenüber dem Ehegatten ein (§ 1498 Satz 2 B.G.B.). Sind Gesamtgutsverbindlichkeiten vor der Auseinandersetzung noch nicht getilgt, so kann derjenige Teil, dem die Verbindlichkeit im inneren Verhältnis zur Last fällt, ihre Berichtigung aus dem Gesamtgut nicht verlangen.

3. Falls eine Gesamtgutsverbindlichkeit nicht vor der Teilung des Gesamtguts berichtigt wird, tritt eine persönliche Haftung der Abkömmlinge als Gesamtschuldner für diese Verbindlichkeit zu der Haftung des Ehegatten hinzu. Doch hat der Ehegatte dafür einzustehen, daß die Abkömmlinge für eine solche Gesamtgutsverbindlichkeit nicht in Anspruch genommen werden, welche im inneren Verhältnis dem Gesamtgut oder dem Ehegatten zur Last fällt (§§ 1498, 1480, 1481 B.G.B.). Soweit die Abkömmlinge nach diesen Vorschriften in Anspruch genommen werden, haften sie nur mit den ihnen zugeteilten Gegenständen,[4] nicht mit deren

---

3) S. § 130 III.

4) Die für die Erbenhaftung geltenden §§ 1990, 1991 B.G.B. kommen hier zur Anwendung.



Werte. Im inneren Verhältnis der Abkömmlinge untereinander sind sie nach der Größe ihres Anteils am Gesamtgut verpflichtet (§ 1504 B.G.B.).

4. Die Verteilung der Gesamtgutsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft im inneren Verhältnis ist folgende:

a) Dem überlebenden Ehegatten fallen zur Last (§ 1499 B.G.B.):

α) diejenigen während der ehelichen Gütergemeinschaft entstandenen Verbindlichkeiten, welche damals entweder überhaupt nicht Gesamtgutsverbindlichkeiten waren[5] oder doch im inneren Verhältnis den überlebenden Ehegatten trafen;[6]

β) diejenigen während der fortgesetzten Gütergemeinschaft entstandenen Verbindlichkeiten, die, wenn sie während der ehelichen Gütergemeinschaft entstanden wären, im Verhältnis der Ehegatten zueinander ihm zur Last gefallen sein würden;[7]

γ) eine Ausstattung, die er einem anteilsberechtigten Abkömmling über das dem Gesamtgut entsprechende Maß hinaus, oder die er einem nicht anteilsberechtigten Abkömmling versprochen oder gewährt hat. Soweit die Ausstattung das dem Gesamtgut entsprechende Maß nicht übersteigt, ist sie von dem Gesamtgut zu tragen und bei der Auseinandersetzung nicht auf den Anteil des Abkömmlings anzurechnen.

b) Den Abkömmlingen fallen nur Gesamtgutsverbindlichkeiten zur Last, welche während der ehelichen Gütergemeinschaft und in der Person des verstorbenen Ehegatten entstanden sind (§ 1500 B.G.B.), und zwar

α) die Ersatzverbindlichkeiten des verstorbenen Ehegatten;

β) die Verbindlichkeiten des verstorbenen Ehegatten, die diesem im Verhältnis der Ehegatten zueinander zur Last fielen.

In beiden Fällen tritt eine Verpflichtung der Abkömmlinge nur insoweit ein, als nicht die Erben des verstorbenen Ehegatten bereits dem Gesamtgut Deckung gewährt haben. Die Haftung der Abkömmlinge beschränkt sich darauf, daß sie sich die Verbindlichkeiten auf ihren Anteil anrechnen lassen müssen.[8] Soweit die Abkömmlinge zugleich Erben des

5) Vgl. §§ 1460—1462 B.G.B.
6) Vgl. §§ 1463—1465 B.G.B.
7) Vgl. §§ 1463, 1464 B.G.B.
8) Über die Anrechnung einer für einen Verzicht gewährten Abfindung vgl. S. 717 f.

verstorbenen Ehegatten sind, haften sie gleichfalls nach den erbrechtlichen Vorschriften.

IV. Der Überschuß, der sich nach Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten ergibt, wird in zwei Hälften geteilt, von welchen die eine dem überlebenden Ehegatten oder dessen Erben, die andere den anteilsberechtigten Abkömmlingen zufällt.

1. Die Teilung selbst erfolgt nach den Vorschriften über die Gemeinschaft wie bei der Auseinandersetzung der ehelichen Gütergemeinschaft. S. oben § 123 III 2.

2. Das Übernahmerecht ist hier anders geregelt wie bei der Auseinandersetzung der ehelichen Gütergemeinschaft.

a) Das Übernahmerecht beruht auf Gesetz.

α) Der überlebende Ehegatte, nicht aber seine Erben, hat das Recht, das Gesamtgut oder einzelne dazu gehörige Gegenstände gegen Ersatz des gegenwärtigen Wertes zu übernehmen (§ 1502 B.G.B.). Dies Recht verliert der Ehegatte, wenn die fortgesetzte Gütergemeinschaft auf Klage eines Abkömmlings durch Urteil aufgehoben wird.

β) Die anteilsberechtigten Abkömmlinge haben ein von ihnen gemeinschaftlich auszuübendes Übernahmerecht, wenn auf Klage eines von ihnen die fortgesetzte Gütergemeinschaft durch Urteil aufgehoben worden ist (§ 1502 Abs. 2 B.G.B.). Dies Übernahmerecht erstreckt sich nur auf diejenigen Gegenstände, welche der verstorbene Ehegatte bei der Auseinandersetzung hätte übernehmen dürfen. Die Abkömmlinge können gegen Ersatz des Wertes diejenigen Gegenstände übernehmen, welche der verstorbene Ehegatte in die Gütergemeinschaft eingebracht oder während der Gütergemeinschaft durch Erbfolge, Vermächtnis oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung, und zwar nicht etwa als Vorbehaltsgut, erworben hat (§§ 1502 Abs. 2 Satz 2, 1477 Abs. 2 B.G.B.). Die Abkömmlinge können dann auch im Fall des Vorversterbens des Mannes die ausschließlich zu seinem persönlichen Gebrauche bestimmten Sachen gegen Ersatz des Wertes übernehmen; ist die Frau zuerst gestorben, so sind diese Gegenstände im Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht mehr vorhanden, da sie Vorbehaltsgut der Frau gewesen sind (§ 10 Güterstandsges.).

b) Durch letztwillige Verfügung,[9] welche bei Lebzeiten

9) Die Verfügungen können in einem einseitigen oder gemeinschaftlichen Testament, sowie in einem Erbvertrage getroffen werden (§ 1516 Abs. 3 B.G.B.).



beider Ehegatten getroffen ist, kann das Übernahmerecht geregelt sein. Diese Verfügung kann wirksam aber nur mit Zustimmung des andern Ehegatten getroffen werden (§ 1515 B.G.B.).

α) Zugunsten der Abkömmlinge kann auf diese Weise die Verfügung getroffen werden, daß einer oder mehrere von ihnen

aa) das Gesamtgut oder einzelne dazu gehörige Gegenstände, z. B. ein Geschäft, gegen Ersatz des Wertes übernehmen dürfen;

bb) ein zum Gesamtgut gehöriges Landgut zu dem Ertragswert oder mit einem Preise, der den Ertragswert mindestens erreicht, übernehmen dürfen (§§ 1515 Abs. 2, 2049 B.G.B.).

β) Zugunsten des überlebenden Ehegatten kann die Verfügung getroffen werden, daß derselbe ein Landgut zu dem unter *α* bb angegebenen Preise übernehmen darf.[10]

V. Die Teilung der den Abkömmlingen zufallenden Hälfte findet grundsätzlich nach erbrechtlichen Vorschriften statt. Die Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft wird in bezug auf die Gesamtgutshälfte der Abkömmlinge einem in diesem Zeitpunkte durch den Tod des erstverstorbenen Ehegatten eintretenden Erbfalle gleichgestellt.

1. Falls seitens der Ehegatten bei Lebzeiten beider nicht anderweitig letztwillig verfügt worden ist, teilen die Abkömmlinge ihre Gesamtgutshälfte nach Maßgabe derjenigen Erbteile, welche sie erhalten würden, falls sich für sie zur Zeit der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft die Erbfolge in den Nachlaß des erstverstorbenen Ehegatten eröffnet hätte (§ 1503 Abs. 1 B.G.B.). Ein erbunwürdiger Abkömmling geht seines Anteils am Gesamtgut verlustig (§ 1506 B.G.B.). Dabei muß der Ausgleichungspflicht hinsichtlich des Vorempfangenen genügt werden, soweit dies nicht schon bei der Teilung des Nachlasses des verstorbenen Ehegatten geschehen ist (§ 1503 Abs. 2 B.G.B.).

a) Zur Ausgleichung sind zu bringen Ausstattungen, Zuschüsse und Aufwendungen für die Berufsbildung, welche das angemessene Maß übersteigen, sowie andere Zuwendungen, wenn der Ehegatte dies angeordnet hat (§ 2050 B.G.B.).

b) Die Ausgleichungspflicht besteht nur unter den Abkömmlingen, nicht aber gegenüber dem überlebenden Ehegatten.

10) Dies Recht verwirkt der Ehegatte nicht dadurch, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft auf Klage eines Abkömmlings aufgelöst wird. § 1502 Abs. 2 B.G.B. bezieht sich nur auf das gesetzliche Übernahmerecht.

c) Es ist gleichgültig, ob der Vorempfang während der ehelichen oder während der fortgesetzten Gütergemeinschaft gemacht worden ist.

α) Ist der Vorempfang während der ehelichen Gütergemeinschaft aus dem Vorbehaltsgut des verstorbenen Ehegatten gegeben, so ist er an sich beim Tode des Ehegatten zur Ausgleichung zu bringen. Soweit dies nicht geschehen, ist dies jetzt nachzuholen.

β) Ist der Vorempfang während der ehelichen oder der fortgesetzten Gütergemeinschaft aus dem Vorbehaltsgut des überlebenden Ehegatten gegeben, so kommt er erst bei dessen Tode zur Ausgleichung.

γ) Ist der Vorempfang während der ehelichen oder der fortgesetzten Gütergemeinschaft aus dem Gesamtgut gemacht, so gilt er in der Regel als von jedem der Ehegatten oder bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft von dem überlebenden Ehegatten und den Abkömmlingen je zur Hälfte gemacht (§ 2054 B.G.B.). Dann kommt jetzt die Hälfte zur Ausgleichung, welche auf den Anteil des verstorbenen Ehegatten oder denjenigen der Abkömmlinge entfällt; die andere Hälfte ist beim Tode des überlebenden Ehegatten auszugleichen. Gilt eine Zuwendung als von dem überlebenden Ehegatten ganz oder zum Teil gemacht, so kommt sie gleichfalls erst beim Tode des Ehegatten zur Ausgleichung.[11]

d) Im übrigen richtet sich die Ausgleichung nach den Vorschriften der §§ 2050—2057 B.G.B. Dies trifft auch für Vorempfänge zu, welche unter der Herrschaft des alten Rechts gemacht worden sind. Denn die Ausgleichungspflicht ist eine Beschränkung des Erbrechts und richtet sich als solche nach dem zur Zeit des Erbfalls, hier der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft geltenden Recht.[12]

2. Die Ehegatten können bei Lebzeiten beider durch letztwillige Verfügung Vorschriften hinsichtlich der Teilung der Gesamtgutshälfte unter die Abkömmlinge treffen. Der überlebende Ehegatte kann diesbezügliche Anordnungen jedoch hinsichtlich der Beteiligung der Abkömmlinge an ihrer Gesamtgutshälfte nicht treffen, da die Abkömmlinge diese nicht als seine Rechtsnachfolger erhalten. Die letztwillige Verfügung kann der Mann selbständig, die Frau nur mit Zustimmung des Mannes treffen (§ 1516 Abs. 1 B.G.B., § 17 Abs. 3 Güterstandsges.). Durch solche Verfügung kann

11) Dies ist der Fall, wenn es sich um Zuwendungen des betr. Elternteils an seine eingekindschafteten Kinder handelt. Diese sind zwar Anteilsberechtigte, gelten aber in dieser Beziehung als einseitige Abkömmlinge (§ 15 Abs. 2 Güterstandsges.).

12) Vgl. Habicht S. 739.

a) der einem anteilsberechtigten Abkömmling gebührende Anteil am Gesamtgut bis auf die Hälfte herabgesetzt werden (§ 1512 B.G.B.);

b) einem anteilsberechtigten Abkömmling der ihm gebührende Anteil am Gesamtgut ganz entzogen werden, wenn der Ehegatte berechtigt ist, wegen grober Verfehlungen dem Abkömmling den Pflichtteil zu entziehen (§§ 1513 Abs. 1, 2333, 2336 Abs. 2—4 B.G.B.);

c) einem anteilsberechtigten Abkömmling der ihm gebührende Anteil am Gesamtgut durch die Anordnung einer Nacherbschaft oder Testamentsvollstreckung beschränkt werden, wenn die Voraussetzungen der Beschränkung des Pflichtteilsrechts in guter Absicht vorliegen (§§ 1513 Abs. 2, 2338 B.G.B.);

d) derjenige Betrag, welcher nach a und b einem Abkömmling entzogen wird, einem Dritten zugewandt werden (§ 1514 B.G.B.). Dritter ist hier auch der überlebende Ehegatte oder ein anteilsberechtigter Abkömmling.

Weitergehende Beschränkungen der Anteilsrechte der Abkömmlinge können die Ehegatten nicht anordnen (§ 1518 B.G.B.). Dieselben sind, wenn sie getroffen sind, nichtig.

3. Ist während der ehelichen Gütergemeinschaft das Gesamtgut durch Schenkungen derart verringert, daß der einem Abkömmling bei der Auseinandersetzung der Gesamtgutshälfte zufallende Anteil geringer ist, als die Hälfte desjenigen, was ihm ohne diese Schenkungen gebühren würde, so kann er die Ergänzung seines Anteils bis auf diesen Betrag nach den Vorschriften über die Ergänzung des Pflichtteils verlangen (§§ 1505, 2325—2331 B.G.B.). Da die Schenkungen in der Regel als von jedem Ehegatten zur Hälfte gemacht gelten, werden sie nur mit der Hälfte angerechnet; nur ausnahmsweise kommen sie ganz zur Anrechnung, wenn sie als von einem Ehegatten gemacht gelten (§ 2331 B.G.B.). Sind zur Zeit der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft zehn Jahre seit der Schenkung verstrichen, so bleibt die Schenkung unberücksichtigt (§ 2325 Abs. 3 B.G.B.).

II. Die am 1. Januar 1900 aufgelösten Ehen.

§ 133. Die Fortsetzung der Gütergemeinschaft.

I. Es ist oben [1] bereits ausgeführt worden, daß am 1. Januar 1900 grundsätzlich der Güterstand einer bereits *aufgelösten Ehe* in das neue Recht *übergeleitet* worden ist, soweit damals eine Fortsetzung

1) S. S. 639, sowie die Ausnahmen auf S. 641.

der Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen und nicht eingekindschafteten Abkömmlingen bestand (§ 21 Abs. 1 Güterstandsges.).

1. Voraussetzung für die Überleitung ist die Auflösung einer alten Hamburgischen Ehe durch den vor dem 1. Januar 1900 erfolgten Tod oder durch die Todeserklärung eines Ehegatten, bei welcher im Urteile als Todestag ein Tag vor dem 1. Januar 1900 festgesetzt worden ist.[2]

2. Voraussetzung ist ferner, daß gemeinschaftliche oder eingekindschaftete Abkömmlinge beider Ehegatten am 1. Januar 1900 noch am Leben waren. Einseitige nicht eingekindschaftete Abkömmlinge des verstorbenen Ehegatten oder abgeteilte kommen nicht in Betracht.[3] Sind lediglich solche vorhanden, so besteht keine fortgesetzte Gütergemeinschaft, vielmehr hat die Auseinandersetzung auf Grund des alten Rechts zu erfolgen (§ 20 Güterstandsges.).

3. Voraussetzung ist ferner, daß die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht vor dem 1. Januar 1900 in zulässiger Weise ausgeschlossen worden ist. Ob diese Voraussetzung vorliegt, ist Tatfrage. Das richtet sich nach den letztwilligen Verfügungen, welche die Ehegatten für die Zeit nach dem Tode des ersten Ehegatten getroffen haben. S. § 126 II 1.

Hierbei ist davon auszugehen, daß im Prinzip nach altem Recht bei beerbter Ehe nach dem Tode eines Ehegatten eine Auseinandersetzung des Samtgutes nicht stattfand, sondern Witwer oder Witwe und Kinder in ungeteilten Gütern sitzen blieben. Ist ein Grundstück oder Hypothekenposten unter früherem Recht auf den Namen von Witwe und Kindern geschrieben, so ergibt sich daraus, daß dieses Grundstück oder dieser Posten zum Samtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft gehören,[4] demnach eine fortgesetzte Gütergemeinschaft besteht.

4. Voraussetzung ist endlich, daß nicht vor dem 1. Januar 1900 abweichende Anordnungen über das Rechtsverhältnis der Ehegatten durch Verträge oder letztwillige Verfügungen wirksam getroffen worden sind. Solche Anordnungen bleiben wirksam. Sie müssen aber schon vor dem 1. Januar 1900 wirksam geworden sein. Soweit die Anordnung in einer Verweisung auf das Hamburgische Recht besteht, gilt was oben auf S. 639 ausgeführt ist.

---

2) S. § 14.
3) Vgl. Beibl. 1904 Nr. 58; 1900 Nr. 100, 137. S. auch oben S. 713.
4) So O.L.G. in Beibl. 1901 Nr. 12, 1902 Nr. 178 gegen Landg. Hamburg in Amtsger.Samml. 1900 S. 80. Vgl. auch Gries II S. 281; Baumeister II S. 129; Trummer, Erbrecht I S. 365.



5. Über eine weitere Ausschließung der Überleitung vgl. S. 641 unter β.

II. Besteht eine solche fortgesetzte Gütergemeinschaft des alten Rechts, so kommen auf dieselbe diejenigen Bestimmungen zur Anwendung, welche oben (§§ 125 ff.) für die Fortsetzung der Gütergemeinschaft der unter dem neuen Recht aufgelösten alten Ehen dargestellt worden sind, soweit sich aus dem folgenden nicht Abweichungen ergeben.[5] Diese fortgesetzte Gütergemeinschaft des alten Rechts wird eine solche des B.G.B. aber erst vom 1. Januar 1900 an. Es wird nicht etwa so angesehen, als ob die Vorschriften des B.G.B. von vornherein auf die fortgesetzte Gütergemeinschaft Anwendung gefunden hätten.

III. Das Samtgut des alten Rechts geht mit dem 1. Januar 1900 in das Gesamtgut[6] des neuen Rechts über. Das alte Samtgut hat regelmäßig auch das Sondergut der Frau enthalten, falls nicht die Frau darüber letztwillig anderweitig verfügt oder der Dritte bei der Zuwendung bestimmt hat, daß das Sondergut auch nach dem Tode der Ehegatten von dem Samtgut getrennt gehalten werden solle. Das einmal mit dem Samtgut vereinigte Sondergut bleibt grundsätzlich mit demselben verbunden. Nach dem 1. Januar 1900 wird das Gesamtgut durch die Errungenschaft des überlebenden Ehegatten vermehrt, soweit dieselbe nicht in das Vorbehaltsgut fällt oder Sondergut wird (§ 1485 Abs. 1 B.G.B.).

IV. Vorbehaltsgut kann in der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach altem und neuem Recht nur die Witwe, also weder der Witwer, noch die Abkömmlinge haben. Insofern unterscheidet sich die

5) Über den Umfang der Geltung der neuen Vorschriften vgl. Beibl. 1907 Nr. 98. § 21 Güterstandsges. nimmt nicht Bezug auf die Vorschriften betr. die Fortsetzung der Gütergemeinschaft bei den bestehenden alten Ehen, sondern unterstellt die Fortsetzung der Gütergemeinschaft der aufgelösten Ehen direkt dem B.G.B. und trifft nur einzelne abweichende Vorschriften hiervon. Es kann deshalb formell nicht auf die Bestimmungen für die bestehenden Ehen zurückgegriffen werden, soweit nicht ausdrücklich im Gesetz Verweisungen (so in den §§ 21, 27) erfolgt sind. Da hier aber das Recht des B.G.B. mit dem Recht des Güterstandsgesetzes verarbeitet worden ist und die Ausnahmebestimmungen des letzteren sowohl für die bestehenden wie für die aufgelösten Ehen nur verhältnismäßig wenige sind, so kann im allgemeinen auf die vorhergegangene Darstellung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft Bezug genommen werden.

6) Ein auf den Namen des verstorbenen Mannes stehender Hypothekposten gehört zum Samtgut, da in den vor dem 1. Januar 1900 aufgelösten Ehen Vorbehaltsgut des Mannes nicht möglich ist (Amtsger.Samml. 1900 S. 23).

schon vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts aufgelöste von derjenigen alten Ehe, welche erst nach dem 1. Januar 1900 aufgelöst worden ist.[7]

1. Vorbehaltsgut der Witwe ist:

a) Was ihr vor dem 1. Januar 1900 von einem Dritten als Sondergut zugewendet worden ist, falls nicht die bei der Zuwendung getroffene Bestimmung ergibt, daß die Zuwendung nur für die Dauer der Ehe von dem Gesamtgut ausgeschlossen sein soll[8] (§ 23 Abs. 1 Güterstandsges.). Dies ist das Vorbehaltsgut des alten Rechts, welches in das neue Recht übergeleitet wird.

b) Was sie nach dem 1. Januar 1900 von Todes wegen oder unter Lebenden unentgeltlich von einem Dritten mit der Bestimmung erhält, daß es Vorbehaltsgut sein soll (§§ 1486 Abs. 1, 1369 B.G.B., 21 Abs. 1 Güterstandsges.).

c) Was sie kraft des Surrogationsprinzips erwirbt (§§ 1486, 1370 B.G.B., 21 Abs. 1 Güterstandsges.). S. S. 670 f.

2. Das Vorbehaltsgut wird in das Güterrechtsregister nicht eingetragen. S. S. 729.

3. Über die Verwaltung des Vorbehaltsguts s. S. 730.

Das Vorbehaltsgut haftet während der Fortsetzung der Gütergemeinschaft neben dem Gesamtgut für die von der Witwe eingegangenen Verbindlichkeiten. Inwieweit es für die während der Ehe entstandenen Gesamtgutsverbindlichkeiten haftet, bestimmt sich nach altem Recht (§ 23 Abs. 2 Güterstandsges.). Entscheidend ist hierfür, ob die Vorbehaltsguteigenschaft nach außen genügend kenntlich gemacht war. S. S. 665.

V. Sondergut im Sinne des B.G.B. werden mit dem 1. Januar 1900 diejenigen dem überlebenden Ehegatten gehörenden Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können. S. S. 730.

VI. Das eigene Vermögen, welches die Abkömmlinge haben, wurde nach altem Recht von der Gütergemeinschaft nicht berührt. Auch unter neuem Recht bleibt es Sondervermögen der Ab-

---

7) S. § 128 II.

8) Nach der Fassung des § 21 Abs. 1 Güterstandsges. trifft die Beweislast denjenigen, welcher behauptet, daß das Zugewendete kein Sondergut der fortgesetzten Gütergemeinschaft sei. In der Begründung (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 89) wird dies damit motiviert, daß im Zweifel zu vermuten sei, der Dritte habe dem Zugewendeten die Vorbehaltsguteigenschaft nicht nur für die Dauer der Ehe zubilligen wollen. Ob diese Ansicht mit dem früheren Recht übereinstimmt, ist mindestens zweifelhaft. Vgl. Baumeister II S. 101; Niemeyer S. 324, 375.

kömmlinge, wie auch dasjenige, was sie später erwerben (§ 1485 Abs. 2 B.G.B.).

VII. Die rechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten zum Gesamtgut richtet sich vom 1. Januar 1900 nach dem neuen Recht.

1. Die in § 129 dargestellten Bestimmungen kommen auch bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft der vor dem 1. Januar 1900 aufgelösten Ehen zur Anwendung. Insbesondere ist der Witwer auch hier nicht an diejenigen Vorschriften des B.G.B. gebunden, nach denen er zu gewissen Rechtsgeschäften die Zustimmung der anteilsberechtigten Abkömmlinge einholen muß (§ 22 Abs. 1 Güterstandsges.).

2. Die Witwe kann in der Verwaltung und in der Verfügung über das Gesamtgut durch Ehezärter oder letztwillige Verfügung des Mannes beschränkt sein. Insbesondere können Verwaltung und Verfügungsrecht einem Verwalter des Gesamtguts an ihrer Stelle übertragen sein.[9] Dieser Verwalter wird in den alten Testamenten durchweg als Testamentsvollstrecker bezeichnet, doch ist er, solange die Witwe lebt, nicht der Verwalter eines Nachlasses, sondern des Samtgutes der fortgesetzten Gütergemeinschaft,[10] hat aber entsprechend dem Verwalter im § 17 des Güterstandsgesetzes die Rechte und Pflichten eines Testamentsvollstreckers nach altem Recht.

3. Die Testierfähigkeit des überlebenden Ehegatten richtet sich, wenn das Testament vor dem 1. Januar 1900 errichtet ist, nach altem, sonst nach neuem Recht. Inhalt und Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung bestimmen sich aber stets nach dem neuen Recht, wenn der Testator unter neuem Recht stirbt. Daraus folgt, daß, soweit der überlebende Ehegatte nach altem Recht weitergehende Befugnisse zu letztwilligen Verfügungen hatte, als nach neuem Recht, diese Befugnisse hinfällig geworden sind mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts. Dies kommt vor allem nach zwei Richtungen in Betracht. Einmal durfte der überlebende Ehegatte in wohlmeinender Absicht auch von dem dem Vorverstorbenen gehörenden Teile des Samtgutes enterben[11] und ferner

9) Dies ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, doch sieht dasselbe (§ 21 Abs. 1 Satz 4) nicht im Gesetz begründete Beschränkungen des überlebenden Ehegatten in der Verwaltung des Gesamtguts oder in der Verfügung über dasselbe vor. Darunter fällt auch die Übertragung der Verwaltung auf einen Verwalter.

10) Vgl. Beibl. 1903 Nr. 107.

11) Vgl. Baumeister II S. 351; Niemeyer S. 422, 632. Beibl. 1901 Nr. 38; 1904 Nr. 125. A. M. Beibl. 1907 Nr. 96, wo unter Bezug-

durfte er für den Todesfall für das ganze Samtgut Testamentsvollstrecker ernennen.[12] Seit dem Inkrafttreten des neuen Rechts hat der überlebende Ehegatte diese Befugnisse verloren, da er stets nur über seinen Nachlaß verfügen kann und der Anteil des verstorbenen Ehegatten nicht zu seinem Nachlasse gehört (s. § 129 IV). Infolgedessen sind die betreffenden letztwilligen Verfügungen mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts hinfällig geworden.[13]

4. Über das dem überlebenden Ehegatten auszustellende Zeugnis betr. die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ist hier das gleiche bestimmt wie bei der Fortsetzung der Gütergemeinschaft der bestehenden Ehen. S. § 129 V. In diesem Zeugnis ist der Wegfall der gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen für den Witwer anzugeben (§ 22 Abs. 2 Güterstandsges.), ebenso wie die infolge Privatdisposition für die Witwe festgesetzten Beschränkungen in der Verwaltung oder Verfügung besonders zu vermerken sind (§ 21 Abs. 1 a. E. Güterstandsges.).

VIII. In bezug auf die Gesamtgutsverbindlichkeiten stimmt das Recht der fortgesetzten Gütergemeinschaft in den aufgelösten Ehen grundsätzlich mit demjenigen in den bestehenden Ehen überein.

1. Der Kreis der Gesamtgutsverbindlichkeiten ist in beiden Fällen im wesentlichen der gleiche (s. § 130 I).

Insbesondere gehören auch nach altem Recht die Verbindlichkeiten der anteilsberechtigten Abkömmlinge nicht zu den Gesamtgutsverbindlichkeiten. Dagegen war der eheliche Aufwand und die Verpflichtung zur Gewährung von Unterhalt und Aussteuer nach altem Recht eine Last des Samtgutes der fortgesetzten Gütergemeinschaft,[14] während diese Verpflichtungen seit dem 1. Januar 1900 dem Gesamtgut nicht mehr obliegen.

2. Auch die Haftung für die Gesamtgutsverbindlichkeiten richtet sich nach den gleichen Grundsätzen. S. § 130 II.

---

nahme auf § 21 Abs. 1 Satz 2 des Ges. ausgeführt wird, daß eine solche Verfügung gültig sei. Doch wird dort die Bedeutung der Fassung: „behalten ihre Wirksamkeit" verkannt. Denn wirksam wird die Verfügung erst mit dem Tode des Verfügenden.

12) Vgl. Baumeister II S. 350 Anm. 29; Niemeyer S. 423; Beibl. 1901 Nr. 195; 1902 Nr. 28; 1904 Nr. 125; Amtsger.Samml. 1900 S. 40, 173.

13) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 195; 1902 Nr. 28; 1904 Nr. 125. A. M. Beibl. 1901 Nr. 38; Amtsger.Samml. 1900 S. 173. Bez. des Umfangs der Testierbefugnis vgl. auch Beibl. 1907 Nr. 98.

14) Vgl. Art. 3, 5 III Stat. 3; Niemeyer S. 378.

a) Der überlebende Ehegatte haftet stets auch persönlich für die Gesamtgutsverbindlichkeiten (§ 1489 Abs. 1 B.G.B.).

b) Dagegen haften die Abkömmlinge auf Grund der fortgesetzten Gütergemeinschaft niemals für die Verbindlichkeiten des verstorbenen oder überlebenden Ehegatten (§ 1489 Abs. 3 B.G.B.). Dieser Ausschluß der Haftung bezieht sich aber nicht auf die Haftung aus einem anderen Rechtsgrunde, insbesondere aus demjenigen des Erbrechts.

Nach altem Recht hafteten die Kinder beim Tode ihres Vaters mit derjenigen Quote, welche sie bei einer Abteilung erhalten haben würden, für die Schulden des verstorbenen Vaters persönlich, falls sie sich nicht nach den Vorschriften über die Beschränkung der Haftung beim Eintritt eines Erbfalls (s. S. 763) von der Haftung befreit hatten.[15] Diese Haftung beruhte auf erbrechtlichen Grundsätzen, sie war auf solchen konstruiert und wurde als solche angesehen, wie überhaupt im alten Recht bei der Behandlung der fortgesetzten Gütergemeinschaft vielfach erbrechtliche und güterrechtliche Anschauungen sich vermengten. Demnach ist diese persönliche Haftung der Erben, soweit sie unter altem Recht bestand, auch unter neuem Recht aufrechterhalten, da für die erbrechtlichen Verhältnisse das alte Recht maßgebend geblieben ist, wenn sich der Erbfall unter altem Recht ereignet hat[16] (Art. 213 E.G. z. B.G.B.).

c) Die persönliche Haftung des überlebenden Ehegatten, die ihn nur infolge des Eintritts der fortgesetzten Güter-

---

15) Vgl. Art. 38—45 Neue Fallitenordn., §§ 8 ff. A.G. z. K.O. v. 25. Juli 1879; Baumeister II S. 393; Niemeyer S. 382; Beibl. 1899 Nr. 97; 1878 Nr. 68; 1883 Nr. 121; 1886 Nr. 106. Dagegen Goldfeld, Ehel. Güterrecht S. 95; Beibl. 1902 Nr. 178.

16) Diese Frage ist sehr bestritten, indessen von drei Senaten des O.L.G. (Beibl. 1902 Nr. 143, 160; 1903 Nr. 135, 147) in diesem Sinne entschieden worden. Für die entgegengesetzte Ansicht wird vor allem darauf Bezug genommen, daß im Entw. I des Güterstandsges. die Meinung vertreten war, daß durch den § 1489 Abs. 3 B.G.B. auch diese Haftung der Abkömmlinge beseitigt werden würde und daß damals ein Vorschlag gemacht wurde, um diese Haftung auch unter neuem Recht für eine beschränkte Zeit aufrechtzuerhalten (S. 44 des Entw. I). Aber in dem der Bürgerschaft vorgelegten Entwurf ist gar nicht mehr die Rede hiervon und nirgends findet sich ein Anzeichen dafür, daß die gesetzgebenden Faktoren diese Haftung wirklich haben beseitigen wollen. Die irrtümliche Ansicht, daß die Haftung durch die Einführung der Bestimmungen des B.G.B. beseitigt werde, ist ohne Belang. An und für sich wäre eine Beseitigung der Haftung der Erben trotz Art. 170 E.G. z. B.G.B. zulässig gewesen, da es sich hier um eine der Landesgesetzgebung vorbehaltene Materie handelt. Indessen ist die Beseitigung nicht erfolgt. Vgl. hierzu auch Wulff III S. 110. A. M. Goldfeld in Beibl. 1903 S. 1.

gemeinschaft trifft, ist im Güterstandsgesetz (§ 24) insofern übereinstimmend mit den dargestellten Vorschriften (§ 130 II 3) des B.G.B. geregelt worden, als die Haftung der Witwe nach erbrechtlichen Vorschriften beschränkt werden kann.

α) Der Witwer haftet für alle Gesamtgutsverbindlichkeiten unbeschränkt und unbeschränkbar.

β) Die Witwe haftet dagegen nur mit dem Bestande des Gesamtguts zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft für diese Gesamtgutsverbindlichkeiten, wenn sie in Gemäßheit der im alten Recht für die Sicherung der Erben gegen Nachlaßschulden gegebenen Vorschriften gehandelt hatte.[17]

aa) Zu dem Zwecke mußte die Witwe innerhalb sechs Wochen nach erlangter Kenntnis vom Eintritt der Fortsetzung der Gütergemeinschaft entweder Konkursantrag über das Samtgut stellen oder dem Amtsgericht erklären, daß sie in die Fortsetzung der Gütergemeinschaft unter der Rechtswohltat des Inventars eintrete (§ 8 A.G. z. K.O.).

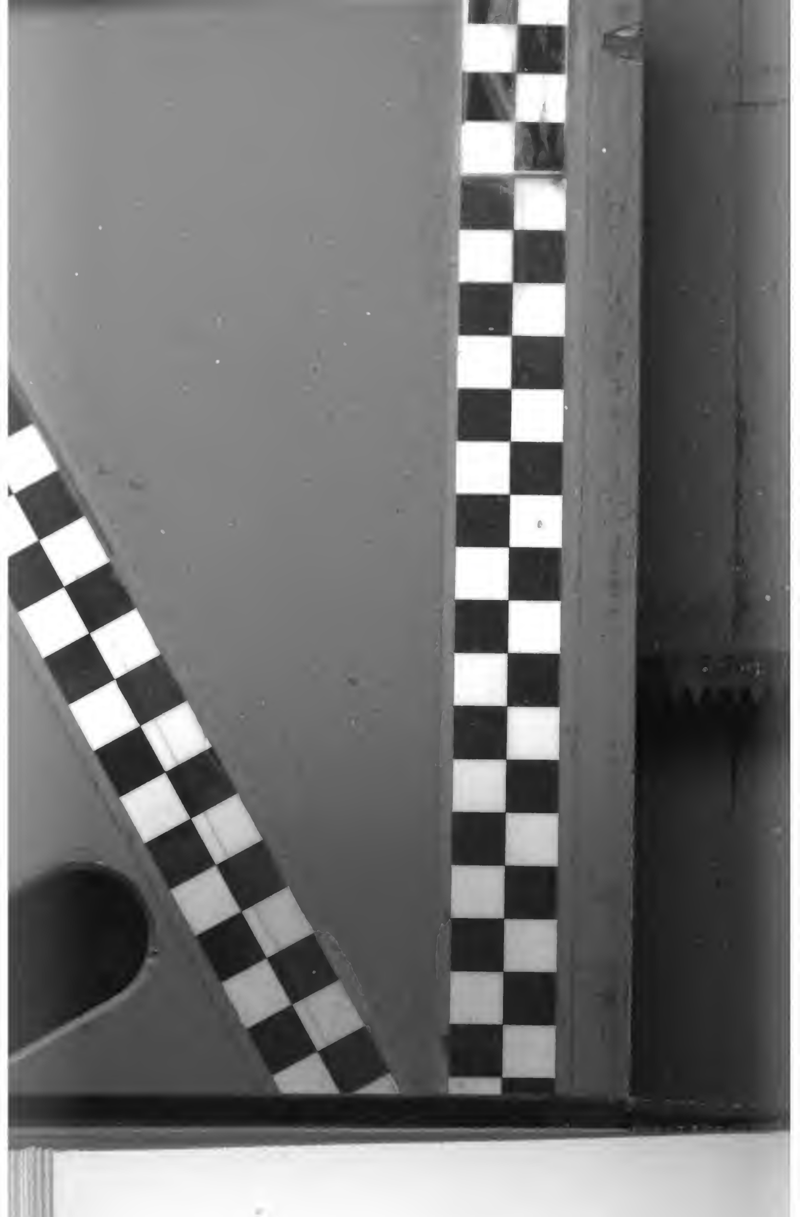
bb) Entschied sich die Witwe für die zweite Alternative, so mußte sie die Errichtung des Inventars spätestens in der Woche nach Ablauf der Überlegungsfrist beginnen und ohne Verzug zu Ende führen, ein Gläubigeraufgebot beantragen und eine Bilanz über das Samtgut aufmachen (§ 10 A.G. z. K.O.).

cc) War die Witwe im Besitz der Rechtswohltat des Inventars und wurden ihr Umstände bekannt, welche besorgen ließen, daß der Nachlaß zur vollständigen Befriedigung der Gläubiger nicht ausreichte, so mußte sie entweder Konkursantrag stellen oder das Samtgut dem Erbschaftsamte zur Verwaltung übergeben (§ 11 A.G. z. K.O.).

dd) Hat die Witwe unter altem Recht diesen Vorschriften genügt, hat sie auch keine Gesamtgutsgegenstände verheimlicht und sich auch sonst keines betrügerischen Vergehens schuldig gemacht, so ist ihre beschränkte Haftung eingetreten und unter dem neuen Recht erhalten geblieben.

ee) Wird gegen die Witwe Klage erhoben, so muß sie sich die Beschränkung der Haftung im Urteil vorbehalten lassen (§ 781 Z.P.O.). Ist dies geschehen, so kann sie die Aussetzung der Zwangsvollstreckung bis zum Erlaß des Ausschlußurteils im Aufgebotsverfahren, und wenn sie den Nachlaß dem Erbschaftsamte übergeben hat oder der Konkurs

17) Vgl. §§ 8 ff. A.G. z. K.O. v. 25. Juli 1879 (Wulff 1. Aufl. II S. 343 f.; 2. Aufl. III S. 113 Anm. 7).



über den Nachlaß eröffnet wird, die Aufhebung der Zwangsvollstreckung beantragen (§ 12 A.G. z. K.O.).

IX. Die Ersatzansprüche der fortgesetzten Gütergemeinschaft richten sich hinsichtlich der Geltung des alten oder neuen Rechts nach dem Zeitpunkt, in welchem der Tatbestand, aus dem sie hergeleitet werden, verwirklicht worden ist.

1. Ist dieser Tatbestand nach dem 1. Januar 1900 verwirklicht worden, so kommt das neue Recht zur Anwendung. Es können hier diejenigen Ersatzansprüche entstehen, welche in § 130 III 2 dargestellt sind.

2. Ist der Tatbestand unter altem Recht verwirklicht, so ist regelmäßig ein Ersatzanspruch nicht entstanden.

a) Aus der ehelichen Gütergemeinschaft sind (vgl. § 121 IV) Ersatzansprüche in die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht übergegangen.

b) Während der fortgesetzten Gütergemeinschaft des alten Rechts konnte der Mann ein Sondergut überhaupt nicht, die Frau nur in beschränktem Umfange haben. Verwendete die Witwe Sondergut zugunsten des Samtguts, so erwuchs ihr daraus ebensowenig ein Ersatzanspruch wie umgekehrt, da die Frau nach beiden Richtungen die freie Verfügung hatte und das alte Recht eine solch scharfe Scheidung zwischen dem Sondergut der Witwe und dem Samtgut im Verhältnisse nach innen wie das neue Recht nicht kannte.[18]

c) Da der überlebende Ehegatte nach altem Rechte die freie Verfügung über das Samtgut hatte, erwuchs den Abkömmlingen auch aus dem Gesichtspunkte der Schädigung des Samtguts kein Ersatzanspruch, sondern höchstens ein Anspruch auf Abteilung wegen schlechten Haushaltens.

d) Ein Ersatzanspruch konnte lediglich dadurch entstehen, daß zwischen dem überlebenden Ehegatten und einem Abkömmling ein besonderes, mit dem güterrechtlichen nicht im Zusammenhang stehendes obligatorisches Verhältnis bestand.[19] Dieser Anspruch ist auf Grund des Art. 170 E.G. z. B.G.B. in das neue Recht übergegangen.

§ 134. Die Beendigung und Auseinandersetzung der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

I. Die Gründe für die Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft sind hier die gleichen wie bei der fort-

18) Vgl. Niemeyer S. 382.
19) Vgl. Niemeyer S. 409.

gesetzten Gütergemeinschaft der am 1. Januar 1900 bestehenden Ehen. S. § 131.

Die Beendigung erfolgt grundsätzlich nach Maßgabe des neuen Rechts.

1. Für die Aufhebung der Gütergemeinschaft durch den Willen des überlebenden Ehegatten gilt, was § 131 I gesagt ist.

2. Im Falle der Wiederverheiratung finden ebenfalls die im § 131 II dargelegten Grundsätze Anwendung. Der wiederheiratende Mann hat die Wahl, ob er den Kindern das Eingebrachte der Mutter zurückerstatten oder ob er die Auseinandersetzung nach den unter II dargestellten Regeln stattfinden lassen will (§§ 27, 16, 25 Güterstandsges.).

3. Wird die fortgesetzte Gütergemeinschaft durch den Tod des überlebenden Ehegatten beendigt, so findet die Auseinandersetzung unter den anteilsberechtigten Abkömmlingen und den etwaigen sonstigen Erben des Ehegatten auf Grund der unter II dargestellten Regeln statt. Zum Nachlasse des Ehegatten gehört derjenige Teil, welcher bei dieser Auseinandersetzung als sein Teil am Gesamtgut ermittelt wird (§§ 26, 25 Güterstandsges.). Dies gilt auch für den Fall der Todeserklärung. S. § 131 III.

4. Seit dem 1. Januar 1900 kann die Klage eines Abkömmlings auf Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft nur unter den § 131 IV dargestellten Voraussetzungen erhoben werden. Bei der Auseinandersetzung im Falle dieser Aufhebung durch Urteil haben die Abkömmlinge das Wahlrecht, ob

a) die Teilungsmasse (§§ 1498, 1479 B.G.B.);

b) ihre Anteile an der Masse (§ 25 Abs. 2 Satz 3 Güterstandsges.) so berechnet werden sollen, wie wenn die Gütergemeinschaft im Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils oder in demjenigen der Klageerhebung beendigt worden wäre.[1]

---

1) Letztere Bestimmung beruht darauf, daß nach § 25 Güterstandsges. die Quotenteilung bei dieser Auseinandersetzung eine verschiedene ist je nach der Zahl der vorhandenen Kinderstämme. Es könnte daher durch eine Verzögerung des Prozesses die Quotenteilung beeinflußt werden, falls unter allen Umständen der Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils entschiede, wie es ohne eine besondere Bestimmung der Fall sein würde. Vgl. hierzu auch Wulff III S. 116 Anm. 2 und Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 90.

II. Die Auseinandersetzung der fortgesetzten Gütergemeinschaft erfolgt ebenfalls grundsätzlich nach den im § 132 dargestellten Grundsätzen, doch enthält das Güterstandsgesetz eine wichtige Änderung.

1. Bez. des Rechtsverhältnisses während des Stadiums der Auseinandersetzung und der Zulässigkeit einer Vereinbarung über die Art der Auseinandersetzung s. § 132 I und II.

2. Bei der Feststellung des Bestandes des Gesamtguts wird ein vor dem 1. Januar 1900 einem Abkömmling bei der Abteilung gewährter Betrag als Abfindung für einen Verzicht behandelt[2] (§ 28 Abs. 1 Güterstandsges.). Zunächst sind die Gesamtgutsverbindlichkeiten zu tilgen.

a) Diese Tilgung erfolgt für die vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Verbindlichkeiten ohne Rücksicht darauf, ob sie in der ehelichen Gütergemeinschaft dem einen oder anderen Ehegatten zur Last gefallen sein würden, da nach altem Recht die Gesamtgutsverbindlichkeiten dem Gesamtgut zur Last blieben (s. § 121 IV, § 133 IX). Jeder der Beteiligten kann die Berichtigung aller Gesamtgutsverbindlichkeiten aus dem Gesamtgut verlangen.

b) Für die nach dem 1. Januar 1900 entstandenen Verbindlichkeiten tritt dagegen dasselbe Verhältnis ein wie nach § 132 III bei der Auseinandersetzung der fortgesetzten Gütergemeinschaft der bestehenden Ehen. Insbesondere kann der überlebende Ehegatte die Berichtigung einer solchen Verbindlichkeit aus dem Gesamtgut nicht verlangen, falls sie im Verhältnisse der Ehegatten zueinander ihm persönlich zur Last gefallen sein würde. Für die Abkömmlinge tritt dieser Fall nicht ein, da ihnen während der fortgesetzten Gütergemeinschaft entstandene Gesamtgutsverbindlichkeiten persönlich nicht zur Last fallen und die in § 132 III 4 b aufgezählten, aus der ehelichen Gütergemeinschaft herrührenden Ansprüche nach dem hier maßgebenden alten Recht überhaupt nicht entstanden sind.

c) Wohl aber tritt eine persönliche Haftung der Abkömmlinge als Gesamtschuldner mit dem überlebenden Ehegatten für diejenigen Gesamtgutsverbindlichkeiten ein, welche vor der Teilung des Gesamtguts nicht berichtigt sind. Doch hat der Ehegatte dafür einzustehen, daß die

2) Das Intestat- und Pflichtteilsrecht bleibt trotz der Abteilung bestehen, soweit nicht aus der Abteilung ein Erbverzicht zu entnehmen ist (§ 28 Abs. 1 Güterstandsges.).

Abkömmlinge für eine solche Verbindlichkeit nicht in Anspruch genommen werden (§§ 1498, 1480, 1481 B.G.B.). Werden die Abkömmlinge dennoch in Anspruch genommen, so haften sie nur mit den ihnen bei der Teilung zugekommenen Gegenständen, nicht mit deren Werte.

3. Der Überschuß, welcher sich nach Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten ergibt, wird hier nach einem anderen Maßstabe als bei der Auseinandersetzung der fortgesetzten Gütergemeinschaft der bestehenden Ehen geteilt[3] (§ 25 Güterstandsges.).

a) Sind bei Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft nur ein Kind oder die Abkömmlinge eines verstorbenen Kindes am Leben, so erhält der Witwer zwei Dritteile, das Kind oder dessen Abkömmlinge ein Dritteil, die Witwe aber und das Kind oder dessen Abkömmlinge je die Hälfte.

b) Sind mehr Kinder vorhanden, so erhalten der Witwer und die Kinder je die Hälfte, die Witwe aber ein Dritteil und die Kinder zusammen zwei Dritteile.

c) Es kommt darauf an, wieviel Kinder noch am Leben, nicht wieviele an der Auseinandersetzung beteiligt sind. Abgeteilte, abgefundene, enterbte und Kinder, welche verzichtet haben, werden bei der Berechnung der Quote mitgezählt.[4]

Ist ein Abkömmling, welchem für den Verzicht auf seinen Anteil am Gesamtgut eine Abfindung gewährt ist, gestorben, so wird er in der Zahl der Kinder trotz seines Todes mitgezählt (§ 28 Abs. 2 Güterstandsgesetz).

d) Das Übernahmerecht (§ 132 IV 2) des überlebenden Ehegatten ist hier gegenüber dem gleichen Recht bei der Auseinandersetzung einer fortgesetzten Gütergemeinschaft in bestehender Ehe erweitert (§ 29 Güterstandsges.). Der überlebende Ehegatte hat außer dem sonstigen Übernahmerecht das streng persönliche Recht, die zu seinem persönlichen Gebrauche bestimmten Sachen, insbesondere Kleider, Schmucksachen und Arbeitsgeräte, ohne Ersatz des Wertes

---

3) Diese Teilung entspricht dem alten Recht (Art. 4, 6 Stat. III, 3), welches hier aufrechterhalten werden sollte (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 90). Zweifelsfragen können deshalb unter Heranziehung des alten Rechts entschieden werden.

4) Auch dies entspricht dem alten Recht. Vgl. Baumeister II S. 141; Niemeyer S. 408 ff.



als Voraus[5] zu behalten. Nur wenn die fortgesetzte Gütergemeinschaft auf Klage eines Abkömmlings durch Urteil aufgehoben wird, erlischt dies Recht. Die Abkömmlinge haben keine Befugnis, dies Übernahmerecht auszuüben. Dagegen können sie diese Sachen gegen Ersatz des Wertes übernehmen, wenn die fortgesetzte Gütergemeinschaft auf Klage hin aufgehoben ist (§§ 1502 Abs. 2, 1477 Abs. 2 B.G.B.).

4. Die Teilung unter den Abkömmlingen erfolgt in der gleichen Weise wie bei der Auseinandersetzung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft bei den bestehenden Ehen. Es kommen die erbrechtlichen Grundsätze des neuen Rechts zur Anwendung. S. § 132 V.

Vierter Titel.

Das Recht der neuen Ehen.

§ 135.

Das Güterrecht der neuen Ehen ist im B.G.B. erschöpfend geregelt. Nur wenig ergänzende Vorschriften enthält das Landesrecht hierüber.

I. Nach § 1434 muß der Ehevertrag vor Gericht oder vor einem Notar geschlossen werden. Auf Grund Art. 141 E.G. z. B.G.B. bestimmt § 9 Hamb. F.G.G., daß für die Beurkundung eines Ehevertrags nur die Notare zuständig sind.[1]

II. Die Vorschriften über das Güterrechtsregister sind bereits in § 114 V dargelegt worden. Diese Vorschriften stimmen, soweit am angegebenen Orte Abweichungen nicht ausdrücklich hervorgehoben worden sind, für die alten und neuen Ehen überein.

III. Nach § 1372 B.G.B. kann bei dem gesetzlichen Güterstande jeder Ehegatte verlangen, daß über den Bestand des eingebrachten Gutes, nach § 1528 B.G.B. bei dem Güterstande der Errungenschaftsgemeinschaft[2] jeder Ehegatte, daß über den Bestand seines eigenen und des eingebrachten Guts des anderen Ehegatten ein Verzeichnis aufgemacht werde. Dies Verzeichnis ist nach § 1035 B.G.B. durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar

---

5) Dieser Voraus entspricht auch dem alten Recht. Vgl. Art. 4, 6 Stat. III 3; Baumeister II S. 246 f.; Niemeyer S. 411.

1) Bez. der Gültigkeit der in einem Prozeßvergleiche getroffenen Vereinbarungen, welche außerhalb des Prozesses einer „gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedurft hätten, s. oben S. 160, ferner Entsch. des R.G. 48 S. 183 ff., Amtsger.Samml. 1902 S. 318.

2) Vgl. auch § 1550 B.G.B. bez. der Fahrnisgemeinschaft.

aufzunehmen. Welche Behörden oder Beamten hierfür zuständig sind, bestimmt die Landesgesetzgebung. Nach § 47 A.G. z. B.G.B. sind außer den Notaren das Gerichtsvollzieheramt und die Gerichtsvollzieher in Ritzebüttel und Bergedorf hierfür zuständig.[3]

Drittes Kapitel.

Scheidung der Ehe.

§ 136.

I. Die Scheidung der Ehe erfolgt von dem Inkrafttreten des B.G.B. an nach dessen Vorschriften (Art. 201 E.G. z. B.G.B.).[1] Das alte Recht ist indessen noch insofern von Bedeutung geblieben, als auf Grund einer vor dem 1. Januar 1900 begangenen Verfehlung eine Scheidungsklage nur erhoben werden kann, wenn die Verfehlung auch nach altem Recht ein Scheidungs- oder Trennungsgrund war (Art. 201 Abs. 2 E.G.). Diese Vorschrift hat einen reinen Übergangscharakter und dürfte schon jetzt, abgesehen von vereinzelten Fällen, ohne praktische Bedeutung sein.

II. Dagegen ist für die Wirkungen einer beständigen oder zeitweiligen Trennung von Tisch und Bett, auf welche vor dem 1. Januar 1900 erkannt worden ist, das alte Recht maßgebend geblieben (Art. 202 E.G. z. B.G.B.).

1. Auf eine beständige Trennung von Tisch und Bett konnte seit dem Inkrafttreten des Reichspersonenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875 (§ 77) nicht mehr erkannt werden.

2. Bis zum 1. Januar 1900 ist aber in Hamburg in zahlreichen Fällen auf zeitweilige Trennung von Tisch und Bett erkannt worden, und zwar entweder auf bestimmte Zeit oder auf unbestimmte Zeit bis zur Wiedervereinigung der Gemüter.[2] Diese Maßregel hatte einen interimistischen Charakter. Auch wenn eine bestimmte Zeit für die Trennung in dem Urteil nicht angegeben war, sollte die Trennung doch nicht auf unbegrenzte Zeit fortbestehen, vielmehr konnte jeder

---

3) Vgl. hierzu Notariatsges. v. 29. Dez. 1899 § 6 Ziff. 2 (Wulff III S. 323); Gebührenordn. f. Notare v. 29. Dez. 1899 § 15 (Wulff III S. 375); Ges. betr. das Gerichtsvollzieherwesen v. 29. Dez. 1899 § 16 (Wulff III S. 214); Instr. für das Gerichtsvollzieheramt v. 1. Jan. 1900 § 104 (Wulff III S. 444).

1) Über den Einfluß der Scheidung auf die Gütergemeinschaft s. § 124 II.

2) Vgl. Niemeyer S. 295.



Ehegatte nach Ablauf einer angemessenen Zeit, längstens nach zwei Jahren, die Wiederaufnahme des ehelichen Lebens fordern, insofern nicht neue Tatsachen die Aufrechterhaltung der Trennung rechtfertigten.[3] Diese Wirkung des alten Trennungsurteils ist auch unter neuem Recht erhalten geblieben. Ist eine angemessene Frist verstrichen, so kann sich der auf Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft verklagte Ehegatte nicht mehr auf das Trennungsurteil stützen. Ob aber der Ehegatte verpflichtet ist, der Klage Folge zu leisten, richtet sich lediglich nach neuem Recht (§ 1353 B.G.B.). Insbesondere ist zu prüfen, ob die Klage auf Herstellung ernstlich gemeint ist und in ihr nicht etwa ein Mißbrauch des Rechtes des klagenden Ehegatten liegt.[4]

Wird von einem der von Tisch und Bett getrennten Ehegatten unter neuem Recht die Scheidungsklage erhoben, so kann dieselbe nicht ausschließlich auf diejenigen Umstände gestützt werden, die zu der früheren Trennung von Tisch und Bett geführt haben, doch können jene Gründe zur Unterstützung einer auf andere Tatsachen gegründeten Scheidungsklage geltend gemacht werden.[5]

3. Über die vermögensrechtlichen Folgen der Trennung von Tisch und Bett und ihre Behandlung unter neuem Recht s. § 114 II und IV 3e.

III. Nach § 1577 B.G.B. kann im Falle der Scheidung die Frau ihren früheren Familiennamen wieder annehmen, auch kann der Mann der allein für schuldig erklärten Frau die Führung seines Namens untersagen. Die Wiederannahme und die Untersagung der Führung des Namens erfolgt durch öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber der zuständigen Behörde, welche von der Landesgesetzgebung zu bestimmen ist. Als solche ist die Aufsichtsbehörde für die Standesämter bestimmt worden. Dieselbe ist auch zuständig[6] für die Beglaubigung der Erklärung (§ 68 A.G. z. B.G.B.).

---

3) Vgl. Beibl. 1902 Nr. 107.

4) Vgl. Beibl. 1905 Nr. 117; 1904 Nr. 106; 1903 Nr. 46.

5) Vgl. Beibl. 1900 Nr. 97; 1902 Nr. 186; Rechtspr. der O.L.G. IV S. 87. Die einer Rücksichtnahme auf die römisch-katholische Lehre entsprungene Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft nach § 1575 B.G.B., die nach § 1576 ohne weiteres zum Antrag auf Scheidung berechtigt, ist ein ganz anderes Rechtsinstitut als die Trennung von Tisch und Bett des früheren Hamburgischen Rechts.

6) Die Zulässigkeit dieser Bestimmung ergibt sich aus § 191 F.G.G.

Zweiter Abschnitt.

Das Eltern- und Kindesrecht.

§ 137. Einzelvorschriften.

I. Der Inhaber der elterlichen Gewalt hat nach dem Tode des andern Elternteils oder bei Gefährdung des Kindesvermögens, in letzterem Falle auf besondere Anordnung des Vormundschaftsgerichts, ein Verzeichnis über das Kindesvermögen dem Vormundschaftsgericht einzureichen. Ist das eingereichte Verzeichnis ungenügend, so kann das Vormundschaftsgericht anordnen, daß das Verzeichnis durch eine zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird (§§ 1640, 1667, 1692 B.G.B.), deren Bestimmung der Landesgesetzgebung überlassen ist. Nach § 76 A.G. z. B.G.B. sind außer den Notaren das Gerichtsvollzieheramt und die Gerichtsvollzieher in Ritzebüttel und Bergedorf hierfür zuständig.[1]

II. Recht der unehelichen Kinder.

1. Name des Kindes.

Der Ehemann der Mutter eines unehelichen Kindes kann durch öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber der zuständigen Behörde dem Kinde mit Einwilligung des Kindes und der Mutter seinen Namen erteilen (§ 1706 Abs. 2 B.G.B.). Zur Entgegennahme wie auch zur öffentlichen Beglaubigung dieser Erklärung ist die Aufsichtsbehörde für die Standesämter zuständig (§ 68 A.G. z. B.G.B.).

2. Anerkennung der Vaterschaft.

a) Das B.G.B. (§§ 1718, 1720 Abs. 2) knüpft verschärfte Wirkungen an die in einer öffentlichen Urkunde erfolgte Anerkennung der Vaterschaft. Für die Aufnahme dieser öffentlichen Urkunden sind zuständig (s. auch § 30 III);

α) die Notare (§ 167 Abs. 2 F.G.G.);

β) die Amtsgerichte[2] (§ 167 Abs. 2 F.G.G.);

γ) der Standesbeamte, welcher die Geburt des Kindes oder

1) Vgl. hierzu Notariatsges. v. 29. Dez. 1899 § 6 Ziff. 2 (Wulff III S. 323); Gebührenordn. f. Notare v. 29. Dez. 1899 § 15 (Wulff III S. 375); Ges. betr. das Gerichtsvollzieherwesen v. 29. Dez. 1899 § 16 (Wulff III S. 214); Instr. für das Gerichtsvollzieheramt v. 1. Jan. 1900 § 104 (Wulff III S. 444).

2) Die Zuständigkeit der Amtsgerichte konnte hier nicht ausgeschlossen werden, da Art. 141 E.G. z. B.G.B. nicht zutrifft.



die Eheschließung seiner Eltern beurkundet hat, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Anerkennung bei der Anzeige der Geburt oder der Eheschließung oder ob sie später erfolgt[3] (§ 167 Abs. 2 F.G.G., § 12 Hamb. F.G.G.);

δ) die Vormundschaftsbehörde[4] (§ 11 Abs. 1 Gesetz betr. die Vormundschaftsbehörde).

b) Die Vereinbarung zwischen dem Vater des unehelichen Kindes und dem Kinde über den Unterhalt für die Zukunft oder über eine an Stelle des Unterhaltes zu gewährende Abfindung bedarf keiner Form (§ 1714 B.G.B.). Um jedoch die sofortige Zwangsvollstreckung[5] aus einer solchen Vereinbarung zu ermöglichen, sind für die Beurkundung solcher Vereinbarungen neben den Notaren auch die Amtsgerichte und die Vormundschaftsbehörde für zuständig erklärt worden[6] (§ 13 Hamb. F.G.G.).

3. Legitimation unehelicher Kinder.

Ein uneheliches Kind kann auf Antrag seines Vaters durch eine Verfügung der Staatsgewalt für ehelich erklärt werden (§ 1723 B.G.B.). Der Antrag sowie die erforderlichen Einwilligungserklärungen des Kindes, falls es minderjährig ist, seiner Mutter und der Frau des Vaters bedürfen der notariellen Form.[7] Die Ehelichkeitserklärung selbst erfolgt durch den Bundesstaat, dem der Vater angehört, in Hamburg durch den Senat.[8]

III. Annahme an Kindesstatt.

1. Der Vertrag, durch welchen eine Person eine andere an Kindesstatt annimmt, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung (§ 1750 Abs. 2 B.G.B.). Der gleichen Form bedürfen die Einwilligungserklärung gewisser Personen, welche für die Annahme an Kindesstatt erforderlich ist (§ 1748 Abs. 3 B.G.B.),

---

3) Soweit die Anerkennung bei der Geburt des Kindes oder der Eheschließung seiner Eltern erfolgt, beruht die Zuständigkeit auf dem Reichsrecht. Die Zulässigkeit der Erweiterung der Zuständigkeit des Standesbeamten beruht auf § 191 Abs. 1 F.G.G.

4) Bez. der Zulässigkeit vgl. die vorhergehende Anm. Bez. der Kosten vgl. § 95 Hamb. Gerichtskostenges. (Wulff III S. 364).

5) Bez. der Zwangsvollstreckung vgl. §§ 794 Ziff. 5, 801 Z.P.O.; § 12 Ges. betr. die Vormundschaftsbehörde.

6) Bez. der Kosten vgl. § 95 Hamb. Gerichtskostenges.

7) Vgl. § 1730 B.G.B., § 9 Hamb. F.G.G.

8) Vgl. § 1723 Abs. 3 B.G.B., § 3 Ver. des Sen. v. 1. Dez. 1899 zur Ausf. des B.G.B. (Wulff III S. 88).

sowie der Vertrag, durch welchen das durch die Annahme an Kindesstatt begründete Rechtsverhältnis wieder aufgehoben wird (§ 1770 B.G.B.). In Hamburg sind ausnahmsweise neben den Notaren auch die Amtsgerichte für diese Beurkundungen zuständig[9] (§ 9 Abs. 3 Hamb. F.G.G.). S. auch § 30 III.

2. Der Annehmende muß das fünfzigste Lebensjahr vollendet haben und mindestens achtzehn Jahre älter sein als das Kind (§ 1744 B.G.B.). Hiervon kann Befreiung erfolgen, aber nur unter der Voraussetzung, daß der Annehmende volljährig ist. Die Bewilligung der Befreiung steht dem Bundesstaate zu, dem der Annehmende angehört, in Hamburg dem Senat.[10]

3. Bez. der Aufnahme des Vermögensverzeichnisses seitens des Annehmenden durch einen zuständigen Beamten gilt, was unter I ausgeführt ist (§ 1760 B.G.B.).

§ 138. Die religiöse Erziehung der Kinder.

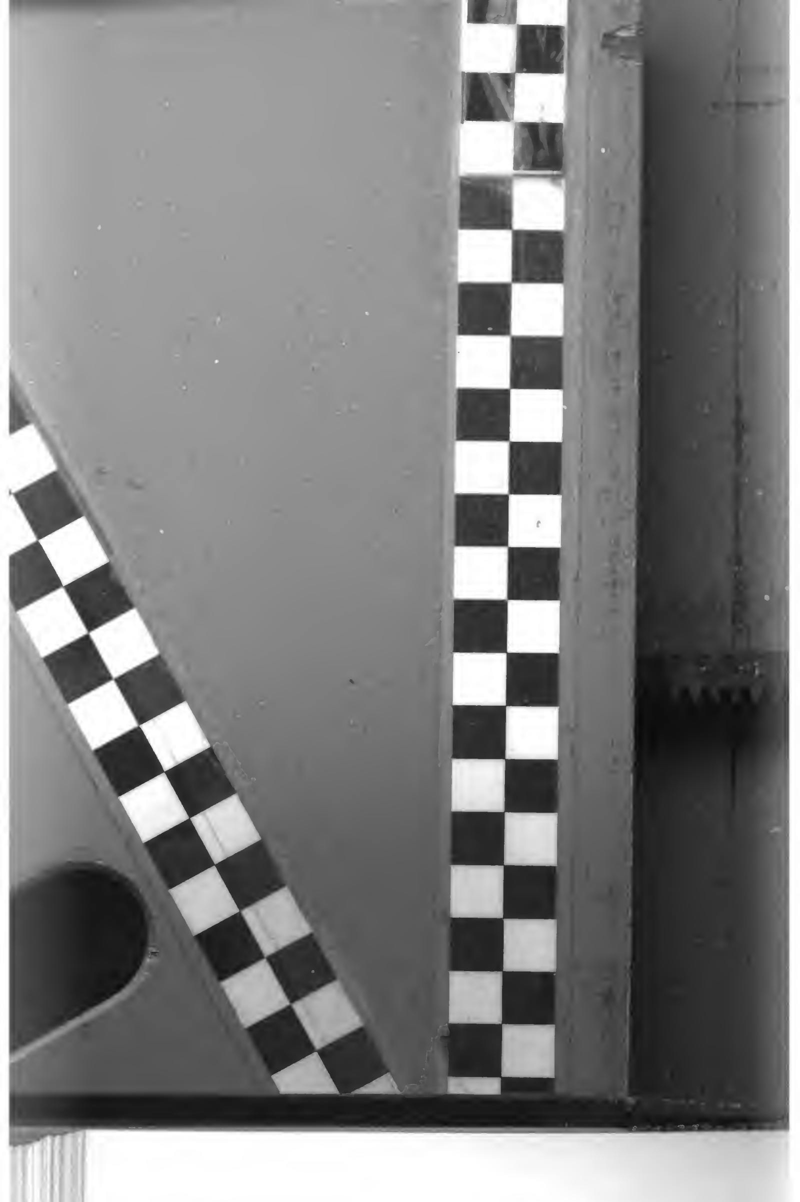
Das B.G.B. enthält keine Vorschriften über die religiöse Erziehung der Kinder. Bei der Beratung des ersten wie des zweiten Entwurfs des B.G.B.[1] hat man zunächst versucht, auch die religiöse Erziehung der Kinder reichsrechtlich zu regeln, aber mit Rücksicht auf mannigfache Schwierigkeiten, die sich dem entgegenstellten, darauf verzichtet. Den Landesgesetzen ist es vorbehalten geblieben, Vorschriften über die religiöse Erziehung der Kinder zu treffen (Art. 134 E.G. z. B.G.B.).

I. Hamburg hat besondere gesetzliche Vorschriften über die religiöse Erziehung der Kinder beim Inkrafttreten des neuen Rechts nicht getroffen.

1. Es kommt hier als positive Gesetzesbestimmung lediglich für Mischehen zwischen Christen und Juden die Verordnung vom 24. Oktober 1851[2] in Betracht, nach welcher vor Eingehung der Ehe die Religion der Kinder vertragsmäßig festgestellt und, bevor nicht die Kinder das Alter der Selbstbestimmung erreicht haben, von den getroffenen Vereinbarungen nicht ohne neue Vereinbarung abgewichen

9) Bez. der Kosten vgl. § 95 Hamb. Gerichtskostengeſ.
10) Vgl. § 1745 Abs. 3 B.G.B., § 4 Ver. des Sen. v. 1. Dez. 1899 zur Ausf. des B.G.B. (Wulff III S. 88).

1) Vgl. hierzu Mot. zum Ent. I IV S. 757, 1099; Prot. zum Entw. III IV S. 865—878, wo eine ganze Anzahl von Vorschlägen betr. Regelung der religiösen Erziehung aufgeführt ist.
2) Vgl. Samml. der Verordn. Bd. 22 (1851) S. 389. Die hier vorgeschriebene Anzeige über die Vereinbarung an die „Wedde" ist jetzt weggefallen.



werden soll. Diese Bestimmung soll namentlich für eine eintretende Vormundschaft maßgebend sein.

2. Nach dem früheren Hamburgischen Recht stand die Bestimmung über das religiöse Bekenntnis des Kindes bis zu dessen Unterscheidungsjahren, dem 14. Lebensjahre, dem Vater zu und bildete dies Recht einen Ausfluß des ihm zustehenden Erziehungsrechtes.[3] Eine selbständige Bedeutung neben dem sonstigen Erziehungsrechte, wie in manchen Partikularrechten, hatte das Bestimmungsrecht über die religiöse Erziehung der Kinder in Hamburg nicht.

3. Demgemäß müssen auch im neuen Recht auf die religiöse Erziehung der Kinder die allgemeinen Erziehungsgrundsätze des B.G.B. Anwendung finden. Dieses Recht findet in seiner Eigenschaft als Reichsrecht Anwendung, nicht etwa als stillschweigend angenommenes Landesrecht. Es können aber jederzeit abweichende landesrechtliche Vorschriften getroffen werden.

Das in Hamburg für die religiöse Erziehung der Kinder geltende Recht macht keinen Unterschied zwischen den Ehen, in welchen beide Ehegatten dem gleichen Bekenntnis angehören und den sog. Mischehen, abgesehen von der unter 1 erwähnten noch geltenden Verordnung. Es stellt keine gesetzlichen Beschränkungen für den Erziehungsberechtigten bez. der Bestimmung der Religion oder Konfession der Kinder auf, wie sie in manchen Partikularrechten für Mischehen gegeben sind.

II. Da die Bestimmung über die religiöse Erziehung ein Ausfluß des allgemeinen Erziehungsrechtes ist, so steht sie demjenigen zu, welcher das Recht und die Pflicht hat, für die Person des Kindes in tatsächlicher Beziehung zu sorgen.[4] Demnach kommt es nicht darauf an, wer die elterliche Gewalt hat, da die Sorge für die Person des Kindes unter Umständen von der elterlichen Gewalt getrennt sein kann. Im einzelnen kommt folgendes in Betracht:

1. Eheliche Kinder.

a) Während bestehender Ehe liegt der Sorge für die Person des Kindes und damit die Bestimmung über die religiöse Erziehung beiden Eltern, in erster Linie aber dem Vater ob. Bei Meinungs-

3) Vgl. Niemeyer S. 465; Beibl. 1903 Nr. 19. Vgl. auch die für das gemeine Recht bestimmten zutreffenden Ausführungen in dem Urteil des O.L.G. Frankfurt v. 20. Jan. 1894 in Seuff. Arch. 50 Nr. 24.

4) Vgl. Dernburg IV S. 247; Planck VI Art. 134 Anm. 3. Beibl. 1903 Nr. 19.

verschiedenheiten geht die Meinung des Vaters vor (§ 1634 B.G.B.). Dagegen entscheidet die Meinung der Mutter, wenn der Vater an der Ausübung der elterlichen Gewalt tatsächlich verhindert ist, wenn seine Gewalt ruht,[5] wenn er seine Gewalt verwirkt hat oder wenn ihm vom Vormundschaftsgericht die Sorge für die Person des Kindes entzogen ist.[6] Ist aber in diesen Fällen für das Kind ein Vormund oder für seine Erziehung ein Pfleger bestellt worden, so hat dieser die Entscheidung über die religiöse Erziehung, da er neben der Mutter die gleiche Stellung hat wie der Vater (§ 1698 B.G.B.).

b) Im Falle der Auflösung der Ehe ist zu unterscheiden:

α) Die Ehe wird durch den Tod des Vaters aufgelöst. Dann erlangt die Mutter das unbeschränkte Recht der Sorge für die Person und damit der Bestimmung über die religiöse Erziehung des Kindes. Sie behält dies Recht auch, wenn ihr ein Beistand zur Seite tritt,[7] wenn sie minderjährig ist[8] und wenn sie sich wieder verheiratet.[9]

β) Im Falle der Scheidung wegen Geisteskrankheit bleiben die allgemeinen Grundsätze unberührt.

Wird die Ehe wegen Verschuldens geschieden und ist nur ein Elternteil für schuldig erklärt, so steht die Sorge für die Person des Kindes dem andern Teile zu.[10] Ist mithin der Vater der schuldige Teil, so erhält die Mutter die Sorge für die Person, ist die Mutter der schuldige Teil, so verliert sie jeden Anteil hieran. Sind dagegen beide Ehegatten schuldig, dann werden die Kinder nach dem Geschlecht zwischen Vater und Mutter verteilt. Söhne über sechs Jahre werden dem Vater, die übrigen Kinder der Mutter zugewiesen.[10] Ist der eine Elternteil gestorben, so erhält der andere Teil die Sorge für die Person, falls sie ihm vorher nicht zustand. Das Vormundschaftsgericht kann aus besonderen Gründen im Interesse des Kindes eine abweichende Anordnung treffen.

2. Bei legitimierten Kindern hat grundsätzlich der Vater,[11]

5) Vgl. § 1685 B.G.B.
6) Vgl. § 1666 B.G.B.
7) Der Beistand hat nach §§ 1688 ff. B.G.B. im ganzen die Stellung eines Gegenvormundes und berührt die der Mutter zustehende Sorge für die Person des Kindes nicht.
8) Vgl. § 1696 B.G.B.
9) Vgl. § 1697 Satz 2 B.G.B.
10) Vgl. § 1635 B.G.B.
11) Hier verliert die Mutter durch die Legitimation ganz die Sorge für die Person. Sie erhält dies Recht wieder, wenn sie dem Kinde Unter-



bei adoptierten Kindern haben der Annehmende bezw. die Adoptiveltern[12] die persönliche Fürsorge für das Kind und damit die Bestimmung über die religiöse Erziehung.

3. Bei unehelichen Kindern hat die Mutter das Recht der Fürsorge, und zwar auch wenn sie minderjährig ist oder selbst noch unter elterlicher Gewalt steht (§ 1707 Satz 2 B.G.B.).

4. Bei bevormundeten Kindern hat der Vormund das Recht der persönlichen Fürsorge und damit auch die Bestimmung über die religiöse Erziehung (§ 1793 B.G.B.). Das kommt auch für den Anstaltsvormund in Betracht (s. § 141 B). Doch wird dieser in der Regel das Kind in demjenigen Bekenntnis weiter erziehen lassen, welchem es vorher angehört hat.

III. Der Erziehungsberechtigte hat während der Dauer der Erziehung die Bestimmung über die religiöse Erziehung des Kindes nach allen Richtungen. Es besteht für ihn weder ein Zwang, die Kinder in einer bestimmten Religion oder Konfession erziehen zu lassen, noch braucht er das Kind überhaupt nach den Vorschriften einer anerkannten religiösen Gemeinschaft erziehen zu lassen. Insofern kommt Art. 5 der Hamburgischen Verfassung in Betracht, welcher volle Glaubens- und Gewissensfreiheit gewährleistet. Denn dieser Verfassungsgrundsatz bedeutet nicht nur, daß jeder seinen eigenen Glauben frei wählen und bekennen, sondern auch, daß er dem von ihm als recht erkannten Glauben diejenigen Personen zuführen darf, die seiner Fürsorge und Erziehungsgewalt unterworfen sind. Dabei ist es gleichgültig, ob er letztere Personen seinem eigenen oder einem anderen von ihm als recht erkannten Bekenntnis zuführen will.[13]

1. Das Recht und die Pflicht der religiösen Erziehung enthält zunächst das Recht und die Pflicht der Bestimmung darüber, welcher religiösen Gemeinschaft ein Kind überhaupt, insbesondere nach seiner Geburt, zugeführt werden soll; sodann die Bestimmung darüber, ob das Kind dauernd gemäß den Vorschriften der religiösen Gemeinschaft,

---

halt zu gewähren hat, wenn die elterliche Gewalt des Vaters endigt oder wegen Geschäftsunfähigkeit oder tatsächlicher Verhinderung des Vaters ruht (§ 1738 B.G.B.).

12) Vgl. § 1757 B.G.B. Das Recht der leiblichen Eltern lebt nur wieder auf, wenn die elterliche Gewalt des Adoptierenden oder, falls das Kind von einem Ehepaare angenommen ist, der Adoptiveltern endigt oder wegen Geschäftsunfähigkeit oder tatsächlicher Verhinderung ruht (§ 1765 Abs. 2 B.G.B.).

13) Vgl. Kloß S. 299.

welcher es angehört, erzogen werden soll. Die Erziehung erstreckt sich auf die Fürsorge dafür, daß das Kind an einem religiösen Schulunterricht und, soweit es nach seiner Reife dazu imstande ist, an den Kultushandlungen teilnimmt. Der Erziehungsberechtigte kann sich bei der religiösen Erziehung aller Mittel bedienen, welche bei der Erziehung zulässig sind, insbesondere darf er auch angemessene Zuchtmittel anwenden und die Unterstützung des Vormundschaftsgerichts nachsuchen (§ 1631 Abs. 2 B.G.B.).

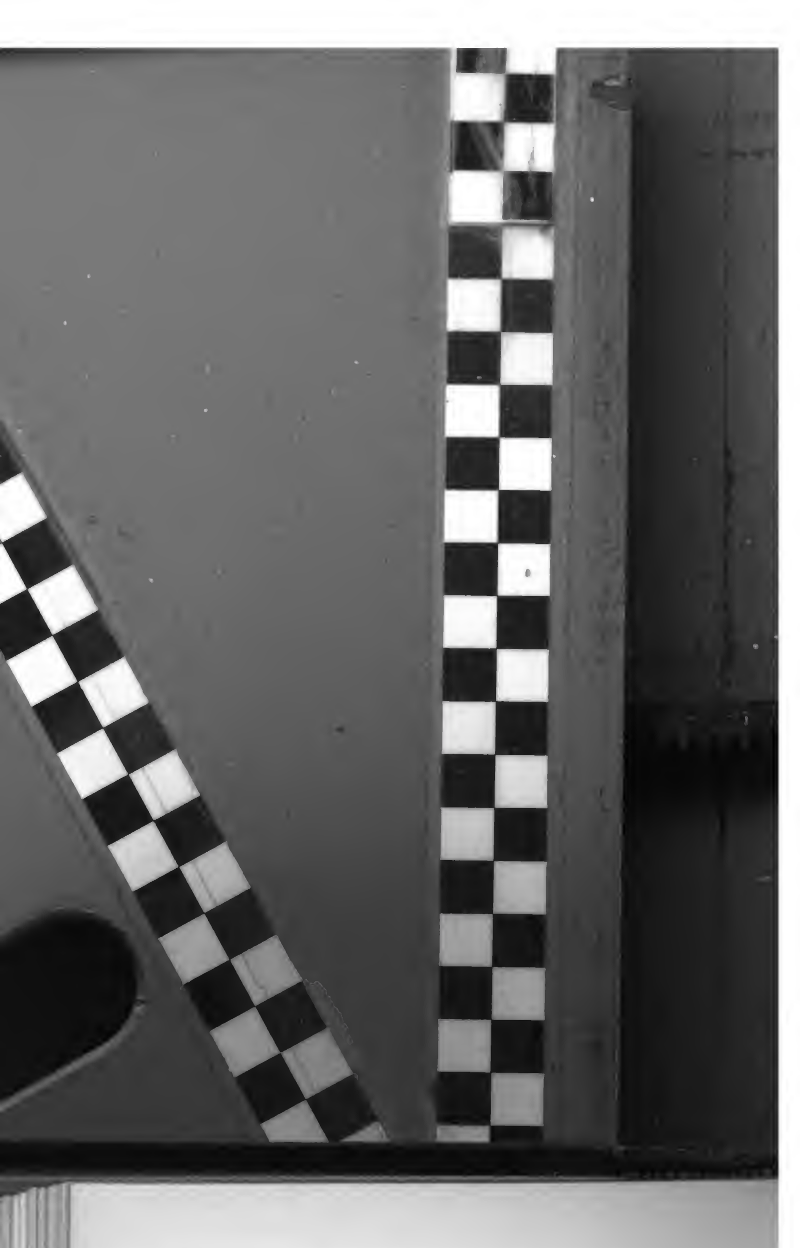
2. In dem Recht der religiösen Erziehung ist auch das Recht enthalten, das *religiöse Bekenntnis* des Kindes zu *ändern*. Dieser Fall kann namentlich dann praktisch werden, wenn der Erziehungsberechtigte sein Bekenntnis ändert, oder wenn ein neuer Erziehungsberechtigter eintritt, z. B. eine Mischehe geschieden wird oder in einer solchen Ehe der Vater stirbt und die Sorge für die Person des Kindes auf denjenigen Elternteil übergeht, welcher einem andern Bekenntnis angehört, als demjenigen, in welchem das Kind erzogen wird. Dann hat der neue Erziehungsberechtigte die vollständige freie Verfügung über die religiöse Erziehung. Denn es besteht in Hamburg keine Bestimmung, welche dem Erziehungsberechtigten das Recht gibt, über die Dauer seiner Erziehung hinaus das religiöse Bekenntnis der Kinder zu bestimmen.[14] Freilich spricht das Gesetz vom 12. Dezember 1888 betr. den Austritt aus einer staatlich anerkannten religiösen Gemeinschaft[15] nur von dem Austritte volljähriger Personen, auch hat der Senat einen Vorschlag der Bürgerschaft, daß der Vater befugt sein solle, auch den Austritt seiner Kinder, welche das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, der Behörde gegenüber zu erklären, abgelehnt. Aber er hat dabei deutlich zum Ausdruck gebracht, daß der Vater in dieser Beziehung das Bestimmungsrecht über das Bekenntnis seiner Kinder habe,[16] und er hat eine besondere Vorschrift hierüber an der fraglichen Stelle lediglich deshalb für unnötig gehalten, weil das Gesetz sich in erster Linie auf die finanziellen Verpflichtungen gegenüber den religiösen Gemeinschaften

---

14) Vgl. Beibl. 1903 Nr. 19.

15) Vgl. Ges.Samml. 1888 I S. 102, Wulff III S. 494.

16) Dies ergibt sich klar aus den Motiven (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1888 S. 622), wo es u. a. heißt: „Es versteht sich von selbst, daß der Vater, sofern derselbe die Erziehung seiner Kinder leitet, berechtigt ist, auch über ihre religiöse Erziehung zu bestimmen. Läßt also ein Vater, welcher selbst aus der Kirche ausgetreten ist, seine Kinder konfessionslos erziehen und nicht konfirmieren, so erreicht er tatsächlich ganz dasselbe, was mit der namens der Kinder abgegebenen Austrittserklärung erreicht werden soll.“



beziehe, ein Kind aber von solchen Verpflichtungen nicht betroffen werde. Kann danach der Austritt eines Kindes aus einer religiösen Gemeinschaft auch nicht durch eine Erklärung gegenüber einer Behörde festgestellt werden, so steht es dem Erziehungsberechtigten doch frei, durch Erklärung gegenüber der kirchlichen Behörde, wenn eine solche nach den kirchenrechtlichen Vorschriften geboten ist, oder durch sein stillschweigendes Verhalten das Kind einer anderen religiösen Gemeinschaft zuzuführen oder aus jeder anerkannten religiösen Gemeinschaft herauszunehmen.

3. Der Erziehungsberechtigte darf das Recht der religiösen Erziehung ebensowenig mißbrauchen wie sein sonstiges Erziehungsrecht (§ 1666 Abs. 1 Satz 1 B.G.B.). Ein Mißbrauch liegt aber nicht etwa darin, daß der Erziehungsberechtigte das Bekenntnis des Kindes ändert oder daß er das Kind frei religiös erziehen läßt. Nur wenn das Kind in einem Bekenntnis erzogen werden soll, welches mit unseren sittlichen Anschauungen in schroffem Widerspruch steht (z. B. im Buddhismus oder einem heidnischen Fetischkult), wird man von einem Mißbrauch des Erziehungsrechtes sprechen können. Doch ist mit Rücksicht auf die verfassungsmäßig gewährleistete Gewissensfreiheit hier die größte Vorsicht am Platze.[17]

4. Nach kirchenrechtlichen Grundsätzen dauert die Unselbständigkeit des Kindes nicht bis zur bürgerlichen Volljährigkeit. Sie hört vielmehr mit der Erreichung des sog. Diskretionsalters, der Unterscheidungsjahre, in Hamburg des vollendeten 14. Lebensjahres, auf. Von diesem Alter an hat das Kind das Selbstbestimmungsrecht über sein Bekenntnis und kann es das Bekenntnis selbständig wechseln. Wenn aber die kirchliche Erziehung des Kindes in diesem Alter ihr Ende erreicht, so wird damit auch die religiöse Erziehung des Erziehungsberechtigten ihr Ende erreichen.[18] Der Erziehungsberechtigte kann dann Vorschriften über die religiöse Erziehung nicht mehr treffen. Übrigens

17) Darüber war man sich auch bei den Reichstagsverhandlungen einig. Vgl. Kommissionsbericht S. 149 ff., Sten. Ber. S. 674 ff. Kisch (S. 940) und Oertmann (S. 612) konstruieren den Fall, daß der Vater aus reiner Schikane das Bekenntnis des Kindes ändert, wenn z. B. ein religiös indifferenter Vater, um seine strenggläubige Frau zu ärgern, das Kind einem anderen Bekenntnis zuweist.

18) Für Elsaß-Lothringen nimmt Kisch (S. 940) die Fortdauer der religiösen Erziehung bis zu dem nach Person und Umständen wechselnden Zeitpunkt an, bis zu dem eine normale erziehliche Einwirkung auf das religiöse Leben des Kindes noch zu erwarten steht, eine für die Praxis schwer brauchbare Regelung. Dagegen will Oertmann (S. 612) für Bayern die religiöse Erziehung bis zum Zeitpunkte der Großjährigkeit fortdauern lassen.

würde das Kind, falls solche Vorschriften noch zulässig wären, dieselben illusorisch machen können, indem es aus jeder religiösen Gemeinschaft austritt.

IV. Vereinbarungen der Eltern über das Bekenntnis, in welchem die Kinder erzogen werden sollen, sind nicht selten, namentlich bei Mischehen.

1. Solche Verträge waren im früheren Hamburgischen Recht ebenso gültig wie Vereinbarungen über die Erziehung überhaupt.[19] Sie waren auch gesetzlich anerkannt in der Verordnung vom 24. Oktober 1851, welche bei der Eingehung von Ehen zwischen Christen und Juden eine vertragsmäßige Feststellung der Religion der Kinder direkt forderte. Diese Verordnung ist neben dem B.G.B. in Kraft geblieben. Sie ist aber in gewissem Sinne eine lex imperfecta, da irgendwelche rechtliche Folgen nicht eintreten, wenn die Vereinbarung nicht getroffen wird und dann einfach derselbe Zustand entsteht wie bei anderen Ehen.

2. Nach dem B.G.B. sind derartige Verträge nicht gültig.[20] Allerdings betont Kisch mit Recht, daß man sie für unsittlich nicht erachten kann, da nach vielen Partikularrechten solche Verträge nicht nur für zulässig, sondern hie und da sogar für gesetzlich geboten erklärt werden, wie dies auch in Hamburg für Mischehen zwischen Christen und Juden der Fall ist. Aber an und für sich ist das Erziehungsrecht, da es mit der Erziehungspflicht zusammenfällt, unverzichtbar. Man kann nicht auf das Recht der persönlichen Fürsorge verzichten und dabei die Pflicht behalten.

3. Trotzdem muß für das neue Hamburgische Recht die fortdauernde Gültigkeit von Verträgen der Eltern über die Religion der Kinder behauptet werden. Da Verträge unzweifelhaft von der Landesgesetzgebung nach Art. 134 E.G. z. B.G.B. zugelassen werden können, so muß die Vorschrift des alten Rechts, welche solche Verträge in Hamburg zuließ, auch bestehen geblieben sein, besonders da die Ver. vom 24. Oktober 1851 in Kraft geblieben ist, die einen Ausfluß dieses allgemeinen Grundsatzes bildet. Es erscheint nicht angängig, derartige Vereinbarungen als an sich unzulässig auszuschließen, aber für einzelne Fälle dennoch zuzulassen.

19) Vgl. Niemeyer S. 465; Entsch. des R.G. 37 S. 189 und die dort angegebene Literatur; Beibl. 1903 Nr. 19.
20) So Dernburg IV S. 248; Planck IV § 1631 Anm. 1 f.; Kisch S. 939; Oertmann S. 611; Kloß S. 301.

4. Für solche Verträge ist eine bestimmte Form nicht vorg
schrieben. Insbesondere kommt § 1434 B.G.B. nicht in Betracht, d
derselbe sich bloß auf die Regelung der güterrechtlichen Verhältnisse be
zieht. Als ein Vertrag stellt sich aber nicht ein Revers dar, welche
ein Versprechen der zukünftigen Ehegatten gegenüber der Kirchenbehörd
enthält, denn dabei besteht gar nicht die Absicht, die Brautleute zivil
rechtlich zu binden. Immerhin kann ein solcher Revers ein Beweismitte
für das Bestehen eines Vertrages bilden.[21] Der bloße Verzicht eine
Ehegatten, ein Kind in seinem Bekenntnis zu erziehen, enthält keine
Vertrag, an den der Ehegatte gebunden ist.

5. Sind solche Verträge zulässig, so sind sie auch für di
Ehegatten bindend. Der Erziehungsberechtigte ist dann ver-
pflichtet, das Kind in dem vertragsmäßig festgestellten Bekenntnis bis zu
Erreichung des Diskretionsalters zu erziehen. Auch kann der ander
Ehegatte eventuell gegen ihn eine Klage auf Feststellung der Ver-
pflichtung hierzu erheben. Da solche Verträge einen Verzicht enthalten,
so sind sie mit besonderer Vorsicht auszulegen.[22]

6. Einseitiger Rücktritt eines Ehegatten von einer solchen Verein-
barung ist nicht zulässig. Dagegen steht es den Ehegatten jederzeit frei,
im Wege ihres beiderseitigen Einverständnisses den Vertrag aufzu-
heben oder durch einen neuen zu ersetzen. Gemäß des neuen Vertrages
kann dann die religiöse Erziehung der Kinder eine andere werden.

7. Der Tod eines der Ehegatten hat auf die religiöse Erziehung
der Kinder keinen Einfluß. Der Erziehungsberechtigte ist dann ge-
bunden, die Kinder bis zu ihren Unterscheidungsjahren in dem vertrags-
mäßig festgestellten Bekenntnisse zu erziehen. Eine Änderung hierin darf
er nicht vornehmen.

V. Die Vormundschaftsbehörde hat wie die ganze Er-
ziehung, so auch die religiöse Erziehung der Kinder zu überwachen.
Sie wird auf Grund von § 1666 B.G.B. die erforderlichen Maßregeln
zu treffen haben, wenn der Erziehungsberechtigte durch Mißbrauch
seines Erziehungsrechts oder Vernachlässigung des Kindes das geistige
Wohl des Kindes gefährdet.

---

21) Vgl. Oertmann S. 600; Beibl. 1903 Nr. 19.

22) So ist Beibl. 1903 Nr. 19 ausgeführt, daß, wenn nicht mit Sicherheit feststehe, daß der eine Ehegatte dem andern in dem Vertrage etwas habe versprechen wollen, was seine Bedeutung auch für den Fall einer Scheidung der Ehe durch Schuld des andern Ehegatten nicht verlieren solle, umgekehrt davon ausgegangen werden müsse, daß die Ehegatten an eine Wirksamkeit des Abkommens über den Zeitpunkt der Scheidung hinaus überhaupt nicht gedacht hätten.

Hierbei ist die allergrößte Vorsicht am Platze, da jeder Eingriff in die Gewissensfreiheit vermieden werden muß.[23] Insbesondere darf seitens der Behörde nur im Hinblick auf das Interesse des Kindes, niemals mit Rücksicht auf eine bestimmte Religionsgemeinschaft oder auf ein Interesse des Erziehungsberechtigten selbst [24] eingegriffen werden.

§ 139. Die Zwangserziehung Jugendlicher.[1]

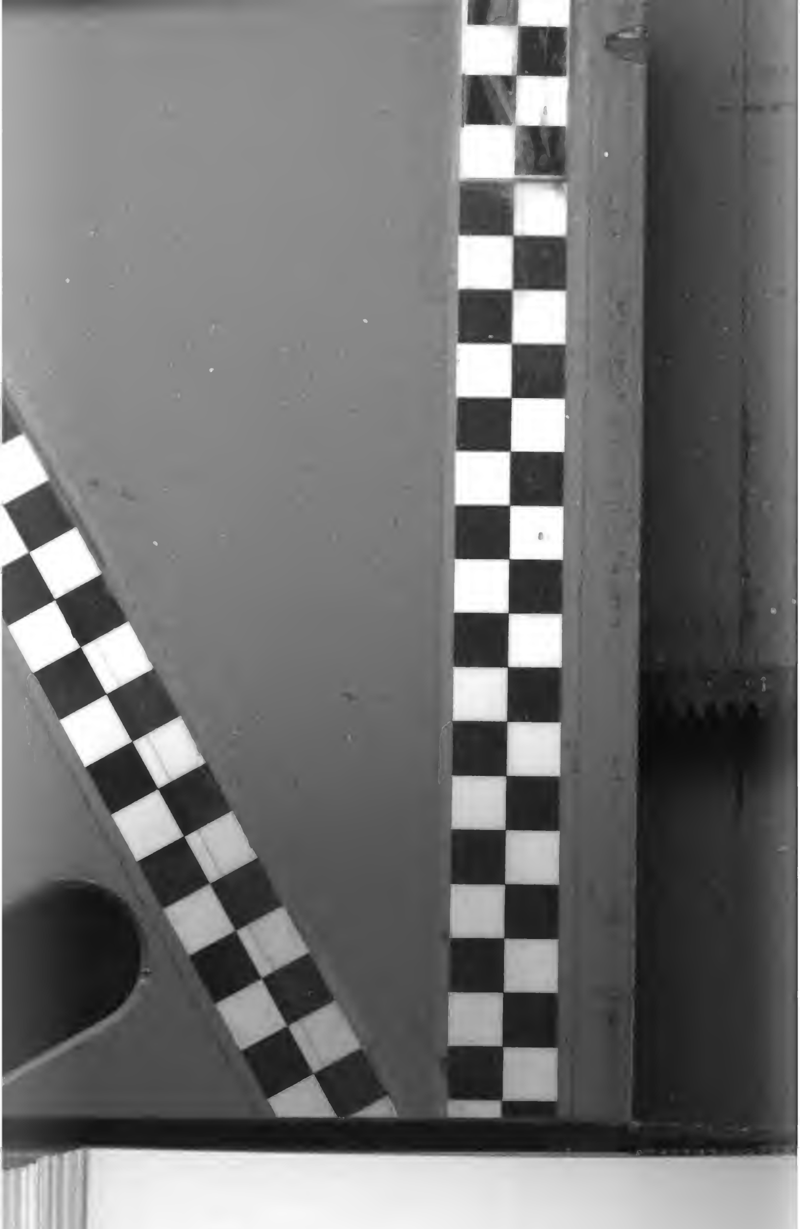
I. Die Erziehung der Kinder ist zunächst Sache der Eltern und Vormünder. Zur Unterstützung des Erziehungsberechtigten kann das Vormundschaftsgericht geeignete Zuchtmittel gegen das Kind anwenden (§ 1631 B.G.B.). Es kann aber auch bei Gefährdung des geistigen oder leiblichen Wohles des Kindes durch Mißbrauch des Rechtes der Sorge für die Person des Kindes, Vernachlässigung desselben oder ehrloses oder unsittliches Verhalten seitens des Vaters, der im Besitz der elterlichen Gewalt befindlichen Mutter oder des Vormundes anordnen, daß das Kind zum Zwecke der Erziehung in einer geeigneten Familie oder in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt untergebracht werde (§§ 1666, 1686, 1800, 1838 B.G.B.). Diese Anordnung ist lediglich im Interesse des Kindes getroffen und liegt rein auf vormundschaftlichem Gebiet. Sie ist keine Zwangserziehung im technischen Sinne.

Die Zwangserziehung ist eine im öffentlichen Recht wurzelnde, im öffentlichen Interesse anzuordnende und auf öffentliche Kosten durchzuführende Erziehungsmaßregel. In den Fällen, in welchen das Gesetz die Anordnung der Zwangserziehung gestattet, bildet nicht allein das private Interesse des einzelnen Minderjährigen den Rechtfertigungsgrund für die Zulässigkeit der Maßregel, sondern immer zugleich das öffentliche Interesse, welches die Allgemeinheit daran hat, daß ein der Verwahrlosung anheimgefallener oder ent-

23) S. oben unter IV 3.

24) Dies ist nach dem Recht des B.G.B. außer Zweifel. Ob die Vormundschaftsbehörde nach früherem Recht auch zuständig war, Maßregeln zu ergreifen, wenn ein Elternteil lediglich sein eigenes Recht geltend machte, ist zweifelhaft (vgl. Beibl. 1888 Nr. 63). Aber selbst wenn man diese Frage bejaht, ist eine solche Befugnis der Behörde mit deren Aufhebung beim Inkrafttreten des neuen Rechts hinfällig geworden. Die neue Vormundschaftsbehörde kann nicht als die Nachfolgerin der alten Vormundschaftsbehörde angesehen werden. Danach kann der betr. Elternteil sein eigenes Recht nur im Prozeßwege geltend machen, namentlich wenn sich dasselbe auf einen Vertrag mit dem andern Ehegatten stützt.

1) Vgl. Dernburg IV § 76; Oertmann § 142; Kisch § 185; Kloß § 146; Dorner-Seng § 124; Buchka § 36 IV—VIII.



gegengehender Minderjähriger zu einem nützlichen Gliede der menschlichen Gesellschaft erzogen wird.[2] Die Zwangserziehung enthält aber immer zugleich einen Eingriff in die private Rechtssphäre desjenigen, dem die Sorge für die Person des Minderjährigen zusteht, da dessen Erziehungsrecht durch die Zwangserziehung beeinträchtigt wird. Mit Rücksicht hierauf hat Art. 135 E.G. z. B.G.B. ausdrücklich bestimmt, daß die landesrechtlichen Vorschriften über die Zwangserziehung unberührt bleiben sollen, jedoch unter zwei Einschränkungen. Einmal ist, unbeschadet der Vorschriften der §§ 55, 56 des Strafgesetzbuchs,[3] zur Anordnung der Zwangserziehung ein Beschluß des Vormundschaftsgerichts erforderlich. Sodann darf außer den Fällen der §§ 1666, 1838 B.G.B. die Zwangserziehung nur erfolgen, wenn sie zur Verhütung des völligen sittlichen Verfalls des Kindes notwendig ist.

Hamburg hat diese ganze Materie neu geregelt in dem Gesetze über die Zwangserziehung Minderjähriger vom 11. September 1907[4] und in dem Gesetze über die öffentliche Fürsorge für Minderjährige vom 11. September 1907.[5] Diese gemäß der Art. 135, 3 E.G. z. B.G.B. erlassenen Gesetze haben das frühere Recht in wesentlichen Beziehungen abgeändert.[6]

II. Die Voraussetzungen für die Anordnung der Zwangserziehung beruhen teils auf Reichsrecht, teils auf Landesrecht.

1. Nach Reichsrecht ist die Zwangserziehung zulässig:

---

2) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1904 S. 610; Ausschußber. 1906 Nr. 42 S. 10.

3) § 55 S.G.B. gestattet die Zwangserziehung, wenn durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts die Begehung der objektiv strafbaren Handlung seitens des noch nicht zwölf Jahre alten Kindes festgestellt und die Unterbringung in einer Familie, Erziehungs- oder Besserungsanstalt für zulässig erklärt ist. § 56 S.G.B. setzt bei solchen Minderjährigen, die zwischen 12 und 18 Jahre alt sind, eine Bestimmung über die Zwangserziehung im Urteil voraus. Hierzu ist ferner der Fall des durch Gesetz vom 25. Juni 1900 (sog. lex Heinze) abgeänderten § 362 Abs. 3 S.G.B. zu rechnen, nach welchem die Landespolizeibehörde gegen Weibspersonen, die sich der gewerbsmäßigen Unzucht schuldig machen, die Unterbringung in einer Besserungs- oder Erziehungsanstalt oder einem Asyl anordnen darf.

4) Vgl. Amtsbl. 1907 S. 533.

5) Vgl. Amtsbl. 1907 S. 539.

6) Das frühere Zwangserziehungsgesetz datierte vom 6. April 1887 (Wulff III S. 123). Das neue Gesetz enthält eine wesentliche Erweiterung der Zulässigkeit der Zwangserziehung, namentlich nach der Richtung, daß jetzt auch eine Zwangserziehung der sog. guten Kinder schlechter Eltern angeordnet werden kann. Die frühere Behörde für Zwangserziehung ist aufgehoben worden. Ihre Funktionen sind im wesentlichen auf das Waisenhauskollegium übergegangen.

a) wenn ein Angeklagter, welcher zu einer Zeit, als er das 12., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat und von derselben freigesprochen wird, weil er bei Begehung der Tat die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besaß (§ 56 S.G.B.);

b) wenn eine noch nicht 18 Jahr alte Weibsperson, die wegen gewerbsmäßiger Unzucht einer polizeilichen Aufsicht unterstellt ist, den sittenpolizeilichen Anordnungen zuwiderhandelt oder, wenn eine solche Weibsperson, ohne einer polizeilichen Aufsicht unterstellt zu sein, gewerbsmäßig Unzucht treibt und bei einer Verurteilung wegen dieser Übertretungen die Überweisung an die Landespolizeibehörde nach verbüßter Strafe angeordnet worden ist (§§ 362, 361 Ziff. 6 S.G.B.).

2. Nach Landesrecht ist die Zwangserziehung gegenüber Minderjährigen ohne weitere Beschränkung auf das Lebensalter zulässig (§ 1 Zwangserziehungsges.):

a) wenn in den Fällen der §§ 1666, 1838 B.G.B. die Übernahme der Erziehung durch den Staat geboten ist, um durch Anwendung geeigneter Erziehungsmittel die Verwahrlosung des Minderjährigen zu verhüten.[7] Die Verwahrlosung[8] braucht noch nicht eingetreten zu sein;

---

7) Durch diese Fassung ist klargestellt, daß die Zwangserziehung auch dann angeordnet werden darf, wenn schon das Eintreten der öffentlichen Armenpflege die Möglichkeit gewährt, für die geeignete Unterbringung der Kinder Sorge zu tragen; die Anordnung der Zwangserziehung ist an ganz selbständige Voraussetzungen geknüpft und verfolgt ganz andere Zwecke als die Unterbringung in öffentlicher Armenpflege. Andererseits soll nicht jeder Fall, in welchem es nach §§ 1666, 1838 B.G.B. zulässig sein würde, ein Kind aus den häuslichen Verhältnissen herauszunehmen und unter Zwangserziehung zu stellen, auch zur Anordnung der Zwangserziehung berechtigen. Vielmehr soll nach Lage des Falles die Anwendung derjenigen Erziehungsmittel notwendig erscheinen, deren Anwendung durch eine vom Staate geleitete Zwangserziehung gesichert ist; dabei ist besonders darauf zu achten, ob die Zwangserziehung ein geeignetes Mittel ist, um das Kind zu einem nützlichen Mitgliede der menschlichen Gesellschaft zu erziehen (vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1904 S. 613 ff.).

8) Wie sich schon aus §§ 1666 und 1838 B.G.B. ergibt, ist hier nicht nur an sittliche, sondern auch an körperliche Verwahrlosung gedacht, während in den Fällen b und c nur die sittliche Verwahrlosung in Betracht kommt. Bei der Beratung des Gesetzes im Plenum der Bürgerschaft (vgl. Sten. Ber. 1907 S. 625) hat Dr. Zacharias besonders betont, um jeder andersartigen Auslegung entgegenzutreten, daß nicht nur gegen bereits verdorbene Kinder, sondern auch gegen die „guten Kinder schlechter Eltern" die Anordnung der Zwangserziehung zulässig sei, um dieselben vor der drohenden Verwahrlosung zu retten, wogegen sich ein Widerspruch nicht erhoben hat.

b) wenn der Minderjährige eine strafbare Handlung begangen hat, wegen deren er in Anbetracht seines jugendlichen Alters strafrechtlich nicht verfolgt werden kann und die Zwangserziehung mit Rücksicht auf die Beschaffenheit der Handlung, die Persönlichkeit der Eltern oder sonstigen Erzieher und die übrigen Lebensverhältnisse zur Verhütung weiterer sittlicher Verwahrlosung des Minderjährigen erforderlich ist.[9] Eine strafbare Handlung genügt, um die Zwangserziehung eintreten zu lassen, falls die andere Voraussetzung gegeben ist;

c) wenn die Zwangserziehung außer den unter a und b genannten Fällen wegen Unzulänglichkeit der erziehlichen Einwirkung der Eltern oder sonstigen Erzieher oder der Schule zur Verhütung des völligen sittlichen Verderbens notwendig ist.[10]

Hamburgische Landesangehörigkeit oder überhaupt deutsche Staatsangehörigkeit ist an sich nicht Voraussetzung für die Anordnung der Zwangserziehung. Es genügt, daß der betr. Minderjährige im Hamburgischen Staatsgebiete seinen Wohnsitz hat oder sich aufhält.

III. Zuständig für die Anordnung der Zwangserziehung ist:

1. im Falle des § 56 S.G.B. das Strafgericht, welches den Minderjährigen freigesprochen hat;

2. im Falle des § 362 Abs. 3 S.G.B. die Landespolizeibehörde;

3. in den Fällen II 2 das Vormundschaftsgericht, und zwar dasjenige, welches die Vormundschaft, Pflegschaft oder Beistandschaft führt oder, falls eine solche nicht geführt wird, dasjenige, in dessen Bezirk der Minderjährige bei Stellung des Antrags[11] seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen

---

9) Dieser Fall beruht nicht unmittelbar auf dem Reichsrecht, denn § 55 S.G.B. hat sich einer weiteren Regelung enthalten, vielmehr nur der Landesgesetzgebung die Ermächtigung zur Anordnung der geeigneten Besserungsmaßregeln erteilt. Vgl. auch Dorner-Seng S. 666 Anm. 5.

10) Dieser Fall ist der einzige, in welchem Art. 135 E.G. z. B.G.B., abgesehen von den §§ 55, 56 S.G.B. und den §§ 1666, 1838 B.G.B., der Landesgesetzgebung gestattet, die Zwangserziehung anzuordnen. Es muß sich um eine bereits eingetretene und in der Entwicklung begriffene sittliche Verwahrlosung handeln, deren Vollendung durch die Zwangserziehung verhütet werden soll.

11) Dies entspricht dem § 43 Abs. 1 F.G.G. Eine Veränderung des Wohnsitzes oder Aufenthalts während des Verfahrens ist ohne Einfluß.

Aufenthalt hat (§ 2 Zwangserziehungsges.). Grundsätzlich ist nur ein Hamburgisches Vormundschaftsgericht [12] für die Anordnung der Zwangserziehung zuständig; würde ein anderes Vormundschaftsgericht an sich zuständig sein,[13] so kann das Hamburgische Vormundschaftsgericht die Zwangserziehung anordnen, wenn das für den Wohnsitz des Minderjährigen zuständige Vormundschaftsgericht damit einverstanden ist.

IV. Das Verfahren betr. Anordnung der Zwangserziehung ist, soweit es nicht an sich schon ein Strafverfahren und daher hier nicht zu erörtern ist (vgl. die Fälle unter II 1), nach Art eines solchen geordnet.[14] Es zerfällt in ein Vorverfahren und ein Hauptverfahren.

1. Das Vorverfahren soll die geeigneten Unterlagen für den Antrag auf Zwangserziehung beschaffen. Dasselbe findet vor dem Waisenhauskollegium statt, dem jedermann Tatsachen, welche die Zwangserziehung rechtfertigen, mitteilen kann. Verpflichtet zu einer solchen Mitteilung sind die Gerichte und die Behörden (§ 3 Zwangserziehungsges.). Das Waisenhauskollegium kann aber auch von Amts wegen einschreiten, es stellt die erforderlichen Ermittelungen an, wobei ihm die Polizei-, Schul- und Armenbehörden behilflich sein müssen,[15] hat auch ein ärztliches Gutachten über den Minderjährigen einzuziehen.

2. Das Hauptverfahren findet vor dem Vormundschaftsgericht statt. Auf dasselbe finden, soweit nicht etwas Abweichendes bestimmt ist, die Vorschriften über das Verfahren in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit [16] entsprechende Anwendung.

a) Das Hauptverfahren erfordert regelmäßig einen Antrag des Waisenhauskollegiums (§ 3 Zwangserziehungsges.). Ausnahms=

12) D.h. nach § 70 A.G. z. B.G.B. in der Stadt Hamburg und den Landherrnschaften der Geestlande und der Marschlande die Vormundschaftsbehörde, in Bergedorf und Ritzebüttel die Amtsgerichte.

13) Dies trifft nicht den Fall, daß bereits eine Vormundschaft auswärts geführt wird und eine Zuständigkeit für die Hamburgische Behörde an sich gar nicht gegeben ist; in diesem Fall ist die Übernahme der Vormundschaft nach Hamburg gemäß § 46 F.G.G. zu erstreben. Wohl aber trifft dies für den Fall zu, daß ein in Hamburg sich aufhaltender Minderjähriger, über den eine Vormundschaft nicht geführt wird, in Hamburg nicht seinen Wohnsitz hat, weil der von ihm geteilte Wohnsitz des Vaters außerhalb Hamburgs belegen ist.

14) Gebühren werden nach § 11 Zwangserziehungsges. für das Verfahren nicht erhoben, bare Auslagen fallen der Staatskasse zur Last.

15) Das Waisenhauskollegium kann sich auch direkt an die nach außen als selbständig auftretenden Organe jener Behörden, z. B. die Hauptlehrer, wenden (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1904 S. 620).

16) Dies sind die Vorschriften des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit und diejenigen des Hamb. Ges. über Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit v. 29. Dez. 1899.

weise sind einstweilige Anordnungen des Vormund
schaftsgerichts betr. Unterbringung eines Minderjährigen durch da
Waisenhauskollegium bei Gefahr im Verzuge von Amts wege
zulässig, falls dem Vormundschaftsgericht die Voraussetzungen für di
Anordnung einer Zwangserziehung glaubhaft gemacht erscheinen (§
Zwangserziehungsges.).[17] [18] Eine solche einstweilige Anordnung kan
von dem Vormundschaftsgericht, in dessen Bezirk das Bedürfnis daz
hervorgetreten ist, auch dann getroffen werden, wenn das Gericht fü
die Anordnung der Zwangserziehung selbst nicht zuständig ist. Die einst
weilige Anordnung kann vom Vormundschaftsgericht jederzeit zurück
genommen werden, sie tritt in gewissen Fällen [19] von selbst außer Kraft

b) Über den Gang des Verfahrens sind nur einzelne Son
dervorschriften gegeben worden:

α) Das Waisenhauskollegium kann sich in dem Ver
fahren vertreten lassen,[20] ein im Termin anwesender Vertreter de
Kollegiums ist auf Verlangen jederzeit mit seinen Anträgen und Aus
führungen zu hören (§ 4 Abs. 2 Zwangserziehungsges.).

β) Vor Anordnung der Zwangserziehung ist, wenn tunlich, de
Minderjährige zu vernehmen, auch sollen die Eltern ode
ein bestellter Vormund oder Pfleger gehört werden, es sei denn, daß
dies nicht ohne erhebliche Schwierigkeit möglich ist oder die Anzuhörende
bereits dem Waisenhauskollegium schriftlich oder zu Protokoll ihr Ein

---

17) Der Beschluß, welcher eine vorläufige Unterbringung anordnet ode
zurücknimmt, ist den Eltern, dem Vormunde, dem Pfleger und dem Waisen
hauskollegium, ein ablehnender Beschluß nur dem letzteren zuzustellen (§
Zwangserziehungsges.). Gegen einen die vorläufige Unterbringung anord
nenden Beschluß steht den Eltern, dem Vormunde, dem Pfleger und den
Waisenhauskollegium, gegen einen Beschluß, durch den ein darauf gerichtete
Antrag abgelehnt wird, nur dem letzteren die einfache Beschwerde zu (§
Zwangserziehungsges.). Über die Beschwerde entscheidet das Landgerich
Hamburg, doch ist nach § 18 F.G.G. dem Vormundschaftsgericht die Ab
änderung seiner Entscheidung gestattet. Die Zulässigkeit der weiteren Be
schwerde richtet sich nach § 27 F.G.G.

18) Durch diese Vorschrift wird das Recht der Polizei zu einem Vor
gehen gemäß § 22 des Verhältnisges. nicht berührt.

19) Dies tritt ein: 1. mit der Zustellung eines den Antrag auf Zwangs
erziehung ablehnenden Beschlusses an das Waisenhauskollegium; 2. mit de
Zurücknahme des Antrags auf Zwangserziehung; 3. falls die Anordnung vo
Stellung eines Antrages auf Zwangserziehung getroffen ist, mit der Mit
teilung des Waisenhauskollegiums an das Vormundschaftsgericht, daß es eine
Antrag nicht stellen werde und 4. unter der gleichen Voraussetzung mit den
Ablauf von 6 Wochen seit Vollziehung der Anordnung, ohne daß von den
Waisenhauskollegium die Anordnung der Zwangserziehung beantragt ist.

20) Deshalb ist jeder Termin dem Kollegium mitzuteilen.

verständnis mit dem Antrage erklärt haben. Ebenfalls sind die Polizeibehörde und bei schulpflichtigen Minderjährigen auch der Schulleiter um eine Äußerung zu ersuchen, falls sich eine solche nicht schon bei den Akten befindet (§ 5 Zwangserziehungsges.).

c) Der Beschluß des Vormundschaftsgerichts lautet auf Anordnung der Zwangserziehung oder auf Ablehnung des hierauf gerichteten Antrages.

α) In dem die Zwangserziehung anordnenden Beschluß sind die Tatsachen anzugeben, auf Grund deren die Zwangserziehung angeordnet wird und ist festzustellen, daß hiernach die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zwangserziehung vorliegen (§ 7 Zwangserziehungsgesetz.). Der Beschluß ist den Eltern, dem Vormunde, dem Pfleger und dem Waisenhauskollegium zuzustellen (§ 8 Abs. 1 ebenda). Diesen Personen steht gegen den Beschluß die sofortige Beschwerde zu, der Beschluß ist also der Rechtskraft fähig (§ 9 ebenda).[21]

β) Der den Antrag auf Zwangserziehung ablehnende Beschluß ist nur dem Waisenhauskollegium zuzustellen, falls die Anordnung einer vorläufigen Unterbringung vorhergegangen ist, allen Personen, denen diese Anordnung zugegangen ist (§ 8 Abs. 2 Zwangserziehungsges.). Gegen den ablehnenden Beschluß steht nur dem Waisenhauskollegium die einfache Beschwerde zu (§ 9 Zwangserziehungsges.).

3. Eine Wiederaufnahme des Verfahrens auf Antrag der Eltern, des Vormundes oder des Pflegers läßt § 10 Zwangserziehungsges. zu, falls diese Personen vor dem Erlaß des Beschlusses vom Vormundschaftsgericht nicht gehört worden sind. In diesem Verfahren kann das Vormundschaftsgericht seinen Beschluß wieder aufheben und den Antrag auf Zwangserziehung ablehnen.

V. Die Ausführung des die Zwangserziehung anordnenden Beschlusses.

1. Der Beschluß darf erst nach Eintritt der Rechtskraft ausgeführt werden, unbeschadet des Rechts der Vormundschaftsbehörde zum Erlaß einstweiliger Anordnungen (§ 12 Zwangserziehungsges.).

---

21) Für das Verfahren betr. die sofortige Beschwerde sind nach § 4 Zwangserziehungsges., § 1 Hamb. F.G.G. die §§ 18, 22 F.G.G. maßgebend. Wesentlich ist, daß die sofortige Beschwerde binnen zwei Wochen eingelegt werden muß und das Vormundschaftsgericht zu einer Abänderung seiner Entscheidung nicht befugt ist. Ist der Aufenthalt des Zustellungsempfängers unbekannt, so muß der Beschluß öffentlich zugestellt werden.



2. Die Ausführung des Beschlusses[22] liegt dem Waisenhau kollegium ob.

a) Auf Antrag des Waisenhauskollegiums ist die Polize behörde verpflichtet, demselben einen Minderjährigen, dess Zwangserziehung[23] angeordnet ist, zuzuführen (§ 13 Abs. Zwangserziehungsges.), oder falls er sich der Aufsicht entzogen h wieder zuzuführen[24] (§ 9 Abs. 2 Fürsorgeges.).

b) Die Entscheidung darüber, ob ein Minderjähriger, dess Zwangserziehung[23] angeordnet ist, in einer Familie oder i einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt unter zubringen ist, steht dem Waisenhauskollegium, nich dem Vormundschaftsgericht zu.[25] In denjenigen Fällen, in denen reichs rechtlich die Anstaltserziehung vorgeschrieben ist (§§ 56, 362 S.G.B. steht die Wahl der Anstalt ebenfalls dem Waisenhauskollegium zu, doch ist die Unterbringung in einer Familie unzulässig.[26] Das Waisenhaus kollegium überwacht die in einer Familie untergebrachten Zöglinge gan besonders, wobei es sich der Organe der staatlichen Waisenpflege bedient. S. § 141 D.

c) Die Unterbringung zur Zwangserziehung sowie die Zwangserziehung selbst erfolgen auf Staatskosten (§ 13 Abs. 3 Zwangserziehungsges.). Der Staat kann von dem Minderjährigen und seinen unterhaltspflichtigen Angehörigen Erstattung

22) Ebenso wie die Anordnung über die vorläufige Unterbringung.

23) Oder vorläufige Unterbringung.

24) An sich würde nach §§ 4, 7 des Hamb. F.G.G. die Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher unter Anwendung der Vorschriften der Z.P.O. zu erfolgen haben; nach § 758 Z.P.O. kann der Gerichtsvollzieher, wenn er Widerstand findet, die Unterstützung der polizeilichen Vollzugsorgane nachsuchen. Um diesen Umweg zu vermeiden, hat man dem Waisenhauskollegium unmittelbar das Recht gegeben, die Polizei um Unterstützung anzugehen (Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1904 S. 622).

25) Vgl. § 13 Abs. 2 Zwangserziehungsges., §§ 3 Nr. 2—4, 6 Fürsorgegesetz. Diese Übertragung der Entscheidung auf das Waisenhauskollegium ist nach Art. 135 Abs. 2 E.G. z. B.G.B. zulässig, da die Unterbringung nach § 13 Abs. 3 Zwangserziehungsges. auf öffentliche Kosten erfolgt. Die Möglichkeit eines Rückgriffs gegen etwaige Unterhaltspflichtige oder den vermögenden Minderjährigen schließt nicht aus, daß die Unterbringung auf öffentliche Kosten erfolgt (vgl. Planck VI Art. 135 Anm. 4).

§ 6 des Fürsorgeges. gestattet in besonderen Fällen die Unterbringung in anderen Anstalten, wobei namentlich an das religiöse Bekenntnis und körperliche Gebrechen, die eine besondere Behandlung erfordern, gedacht ist.

26) Wenn nach bisheriger Praxis in den Fällen des § 56 S.G.B. auch die Unterbringung in einer Familie vorkommt (vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1904 S. 644), so steht dies mit dem Wortlaut des Reichsgesetzes im Widerspruch.

der Kosten verlangen, von ersterem jedoch nur insoweit, als er außerhalb des Falles der Zwangserziehung seinen Unterhalt aus eigenen Mitteln bestreiten müßte.[27] Die zu erstattenden Kosten werden durch das Waisenhauskollegium auf Grund eines Tarifes festgesetzt und nach § 17 Verhältnisges. beigetrieben.

d) Die rechtliche Wirkung der Zwangserziehung besteht darin, daß das Waisenhauskollegium die volle Erziehungsgewalt über den Minderjährigen erhält. Es kann auch angemessene Zuchtmittel anwenden (§ 9 Abs. 1 Fürsorgeges.).[28] Diese Erziehungsgewalt wird unmittelbar aus dem öffentlichen Recht geschöpft, das Waisenhauskollegium übt keine privatrechtlichen Befugnisse aus und untersteht nicht der Aufsicht und Kontrolle des Vormundschaftsgerichts. Die Verträge mit den Vorständen der Familien, bei denen der Minderjährige untergebracht wird, desgleichen Lehr- und Dienstverträge werden für das Waisenhauskollegium, nicht für den Minderjährigen geschlossen, eine Genehmigung solcher Verträge durch das Vormundschaftsgericht findet nicht statt.

Die familienrechtliche Stellung des Minderjährigen wird durch die Zwangserziehung an sich nicht geändert. Die Vertretung des Kindes verbleibt bei dem bisherigen Inhaber, auch die Sorge für die Person, soweit dies mit der Zwangserziehung vereinbar ist, insbesondere hinsichtlich der religiösen Erziehung. Auch das vermögensrechtliche Verhältnis zwischen den Eltern und dem Kinde, insbesondere die elterliche Nutznießung am Kindesvermögen und dessen Verwaltung bleibt durch die Zwangserziehung als solche unberührt.[29]

VI. Eine Art freiwilliger Zwangserziehung sieht das Fürsorgegesetz im § 3 Nr. 5 vor. Danach kann, wenn nach der Überzeugung des Waisenhauskollegiums die Voraussetzungen für die Anordnung der Zwangserziehung vorliegen, die Fürsorge für einen Minderjährigen vom Waisenhauskollegium auf Antrag seines

---

27) Diese Vorschrift ist bez. der auf dem Landesrecht beruhenden Fälle der Zwangserziehung in § 13 Abs. 3 Zwangserziehungsges., bez. der übrigen in § 16 Abs. 2 Fürsorgeges. enthalten. Sie ist nach Art. 103 E.G. z. B.G.B. zulässig und bewirkt, daß der Staat eigentlich nur verpflichtet ist, die Kosten „vorzuschießen“. Von der Aufrechterhaltung der im früheren Recht enthaltenen Ersatzpflicht der Armenverbände ist ausdrücklich abgesehen worden. Im Falle einer vorläufigen Unterbringung tritt eine Ersatzpflicht nur ein, wenn die Zwangserziehung rechtskräftig angeordnet wird.

28) Vgl. §§ 1800, 1631 Abs. 2 B.G.B.

29) Vgl. für das Vorstehende die zutreffenden Ausführungen bei Kisch S. 949 f. und Dorner-Seng S. 674.

gesetzlichen Vertreters übernommen werden. In diesem Falle übe trägt der Erziehungsberechtigte nicht sein Erziehungsrecht selbst, sonder nur dessen Ausübung dem Waisenhauskollegium. Er kann sich imme in die Erziehung einmischen, muß seine Zustimmung zur Unterbringun in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt geben und kann jederze die Wiederherausgabe des Kindes verlangen.

VII. Die Zwangserziehung *endet* (§§ 14, 15 Zwangserziehungs gesetz):

1. von *Rechts wegen mit dem Eintritt der Voll jährigkeit* des Minderjährigen, im Falle des § 56 S.G.B. mit den vollendeten 20. Lebensjahre, im Falle des § 362 Abs. 3 S.G.B. längsten nach Ablauf von zwei Jahren seit der Unterbringung in der Anstalt;

2. mit *der Aufhebung* des *die Zwangserziehung anordnenden Beschlusses* im Wiederaufnahmeverfahren;

3. mit *der endgültigen Entlassung des Minder jährigen aus der Zwangserziehung* vor erreichter Volljährigkeit. Die Entlassung erfolgt auf Antrag[30] der Eltern oder des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen oder von Amts wegen durch das Waisenhauskollegium,[31] wenn der Zweck der Zwangserziehung erreicht oder die Erreichung dieses Zwecks anderweit sichergestellt ist.

Das Waisenhauskollegium kann auch die Entlassung unter Vorbehalt des Widerrufs anordnen; die Anordnung ist zurückzunehmen, wenn die Fortdauer der Zwangserziehung sich als notwendig herausstellt.

4. mit *dem Antrage des Erziehungsberechtigten* auf Rückgabe des Kindes im Falle der *freiwilligen Zwangserziehung* (s. unter VI).

---

30) Ein abgewiesener Antrag darf vor Ablauf von sechs Monaten nach erfolgter Ablehnung nicht erneuert werden. Eine Beschwerde gegen die Ablehnung des Antrags ist nur im Verwaltungswege an den Senat zulässig. Dem Vormundschaftsgericht steht ein Einfluß auf die Beendigung der Zwangserziehung nach Hamburgischem Recht nicht zu (anders in Preußen, wo nach § 13 des Fürsorgeerziehungsges. v. 2. Juli 1900 das Vormundschaftsgericht über die Aufhebung der Zwangserziehung entscheidet). Auch im Falle des § 1671 B.G.B. kann das Vormundschaftsgericht die Zwangserziehung nicht aufheben, selbst wenn die Zwangserziehung unter den Voraussetzungen des § 1666 wegen schuldhaften Verhaltens der Eltern angeordnet ist. Die Zulässigkeit dieser Durchbrechung des B.G.B. beruht auf Art. 135 E.G. z. B.G.B.

31) Und zwar auch im Falle des § 56 S.G.B.; in diesem Falle darf der Minderjährige überhaupt nicht über das vollendete 20. Lebensjahr in der Anstalt zurückbehalten werden.

Dritter Abschnitt.

Das Vormundschaftsrecht.

§ 140. Die Vormundschaftsbehörde.

Nach § 35 F.G.G. sind für die dem Vormundschaftsgericht obliegenden Verrichtungen die Amtsgerichte zuständig. Doch können landesrechtlich die dem Vormundschaftsgericht obliegenden Verrichtungen anderen als gerichtlichen Behörden übertragen werden (Art. 147 Abs. 1, Art. 3 E.G. z. B.G.B., § 189 F.G.G.). Von diesem Vorbehalt hat Hamburg Gebrauch gemacht, indem es für den Bezirk der Stadt und die Landherrnschaften der Geestlande und der Marschlande eine besondere Vormundschaftsbehörde[1] eingesetzt hat (§ 70 A.G. z. B.G.B.). Dagegen werden in den Bezirken der Amtsgerichte Ritzebüttel und Bergedorf die Funktionen des Vormundschaftsgerichts von den Amtsgerichten ausgeübt.

I. Die Vormundschaftsbehörde ist eine Verwaltungsbehörde, keine richterliche Behörde, wie es die frühere Vormundschaftsbehörde war.[2] Nur als Verwaltungsbehörde kann sie die Funktionen des Vormundschaftsgerichts übernehmen, da eine Übertragung der Funktionen nur an andere als gerichtliche Behörden zulässig ist. Trotzdem richtet sich das Verfahren nach den Bestimmungen des F.G.G. über das Verfahren bei den Amtsgerichten und geht insbesondere die Beschwerde gegen sachliche Entscheidungen der Vormundschaftsbehörde an das Landgericht (§§ 194, 19 F.G.G.).

II. Organisation der Vormundschaftsbehörde.

Die Organisation der Vormundschaftsbehörde ist durch das Gesetz vom 14. Juli 1899 betr. die Vormundschaftsbehörde[3] bestimmt worden.

1. Die Vormundschaftsbehörde besteht aus zwei Vorsitzenden und zwölf Beisitzern.[4] Die Vorsitzenden müssen die Fähigkeit zum Richter-

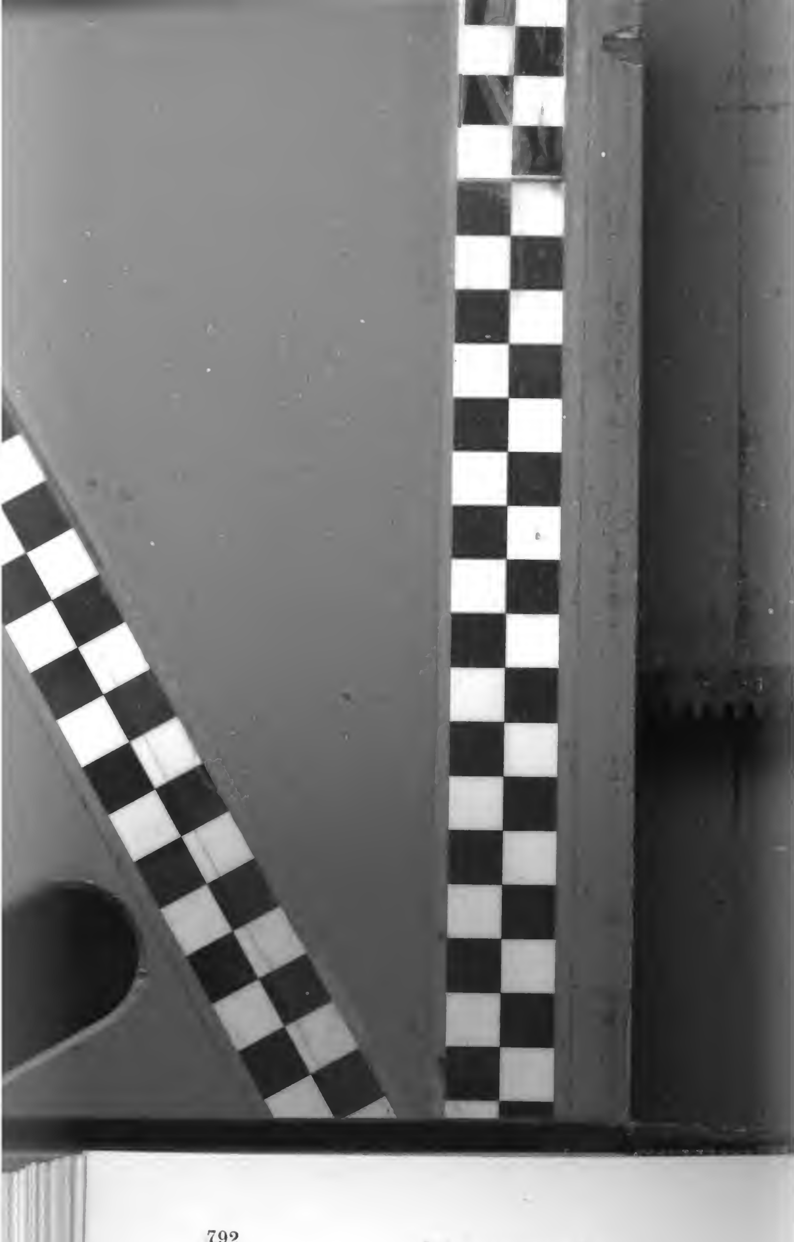
---

1) Über die Gründe für die Beibehaltung der besonderen Vormundschaftsbehörde vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 53 f. Es galt vor allem, die Mitwirkung des bürgerlichen Elements in Vormundschaftssachen, die in Hamburg von altersher besteht und sich wohl bewährt hat, zu erhalten.

2) Vgl. Beibl. 1886 Nr. 61, 1888 Nr. 169; Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 54; Niemeyer S. 479.

3) Vgl. Ges.Samml. 1899 I S. 99; Wulff III S. 236. Das Gesetz wird hier als Vormundschaftsges. zitiert.

4) Vgl. § 1 Abs. 2 Vormundschaftsges. Der Senat kann die Zahl der Beisitzer vermehren.



amt besitzen und werden vom Senat ernannt.[5] Die Beisitzer dürf keine Rechtsgelehrten sein, müssen die Wählbarkeit zur Bürgerscha besitzen und werden von der Bürgerschaft auf sechs Jahre gewählt Sie müssen die Wahl annehmen[7] und führen das Amt als unbesoldete Ehrenamt.

2. Die sachlichen Entscheidungen werden regelmäßig in Ab teilungen getroffen, welche aus einem Vorsitzenden und zwei Bei sitzern bestehen.[8] Doch sind auch Fälle vorgesehen, in denen das Plenum der Behörde entscheiden muß[9] oder umgekehrt ein Vorsitzender ohne Zu ziehung von Beisitzern entscheiden darf.[10]

3. Verfügungen einer Abteilung sind nicht deshalb unwirksam, wei nach der Geschäftsverteilung eine andere Abteilung oder ein andere Vorsitzender zuständig sein würde oder weil als Vertreter eines Beisitzers ein anderer als der nach der Geschäftsverteilung berufene Beisitzer mitgewirkt hat.[11]

4. Verfügungen, die ein Vorsitzender ohne Zuziehung von Beisitzern getroffen hat, sind regelmäßig nicht deshalb unwirksam, weil sie in einer Abteilung hätten beschlossen werden müssen.[12] **Die Unwirksamkeit tritt vielmehr nur bei folgenden Verfügungen ein:**

a) betr. die Volljährigkeitserklärung Minderjähriger;[13]

b) betr. die Ersetzung der zur Eheschließung erforderlichen elterlichen oder vormundschaftlichen Einwilligung;[14]

c) betr. die Entziehung der Sorge für die Person oder das Vermögen des Kindes oder der Vertretung oder der Nutznießung an dem Kindesvermögen gegenüber dem Inhaber der elterlichen Gewalt ohne dessen ausdrückliche Einwilligung;[15]

---

5) Vgl. §§ 1 Abs. 2, 2 Vormundschaftsges.
6) Vgl. § 4 Vormundschaftsges.
7) Vgl. § 4 Abs. 3 Vormundschaftsges.; Art. 83, 84 der Verfassung, § 6 Verwaltungsges. v. 2. Nov. 1896. Die Ablehnung ist nur beim Vorliegen bestimmter Gründe (z. B. Alter von 60 Jahren, Mitgliedschaft in zwei Deputationen, Mitgliedschaft in der Vormundschaftsbehörde während einer Wahlperiode) gestattet. Unberechtigte Weigerung der Annahme zieht den Verlust des Bürgerrechts sowie der öffentlichen Ämter und Ehrenstellen nach sich (§ 34 der Verf.).
8) Vgl. § 6 Vormundschaftsges.
9) Vgl. § 9 Vormundschaftsges.
10) Vgl. § 7 Vormundschaftsges.
11) Vgl. § 6 Abs. 3 Vormundschaftsges.
12) Vgl. § 8 Vormundschaftsges.
13) Vgl. § 3 B.G.B.
14) Vgl. §§ 1304 Abs. 2, 1308 B.G.B.
15) Vgl. §§ 1630, 1635, 1637, 1666, 1670, 1686 B.G.B.

d) betr. die Anordnung der Unterbringung eines Kindes in einer fremden Familie, einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt, sowie betr. einen Antrag auf Zwangserziehung eines Minderjährigen oder auf Wiederaufhebung einer Zwangserziehung im Wiederaufnahmeverfahren;[16]

e) betr. die unfreiwillige Entlassung eines Vormundes, Gegenvormundes, Pflegers oder Beistandes und die Entziehung der Vertretung des Mündels oder der Sorge für die religiöse Erziehung desselben gegenüber dem Vormunde, Pfleger oder Beistand;[17]

f) betr. die Außerkraftsetzung von den Eltern angeordneter oder gesetzlicher Befreiungen eines Vormundes oder Pflegers;[18]

g) betr. die Entscheidung von Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren gesetzlichen Vertretern desselben Vertretenen;[19]

h) betr. die Einsetzung oder Aufhebung eines Familienrats und die Auswahl der Familienratsmitglieder;[20]

i) betr. die persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten zueinander oder das eheliche Güterrecht, sowie die Ersetzung der Zustimmung anteilsberechtigter Abkömmlinge zu den Rechtsgeschäften des überlebenden Ehegatten bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft.[21]

5. Ohne Zuziehung von Beisitzern kann ein Vorsitzender, soweit nicht über erhobene Widersprüche zu entscheiden ist,[22]

a) Vormundschaften und Pflegschaften anordnen, Vormünder, Pfleger und Gegenvormünder bestellen[23] und verpflichten,[24] soweit es sich nicht um eine vorläufige Vormundschaft über Volljährige handelt[25] oder nicht zum Vormunde oder Pfleger Berufene ohne ihre Zustimmung übergangen werden sollen,[26] abgesehen jedoch von den Fällen, in denen

16) Vgl. §§ 1666, 1838 B.G.B., ferner § 17 Zwangserziehungsges. vom 11. Sept. 1907.

17) Vgl. §§ 1886, 1887, 1888, 1796, 1801, 1895, 1915, 1694 B.G.B.

18) Vgl. §§ 1857, 1903, 1904, 1917 B.G.B.

19) Vgl. §§ 1629, 1797, 1798 B.G.B.

20) Vgl. §§ 1858, 1859, 1879, 1880, 1862 B.G.B.

21) Vgl. §§ 1357, 1358, 1379, 1402, 1447, 1451, 1487, 1519, 1549 B.G.B. S. auch oben S. 733.

22) Vgl. § 7 Vormundschaftsgeſ.

23) Vgl. §§ 1773, 1774, 1779, 1789, 1896, 1909—1915, 1792 B.G.B.

24) Vgl. § 10 Abs. 1 Vormundschaftsges.; §§ 1789, 1792 Abs. 4, 1915 B.G.B. Diese Verpflichtung kann auch einem Sekretär übertragen werden, der die Fähigkeit zum Richteramt besitzt.

25) Vgl. § 1906 B.G.B.

26) Vgl. §§ 1776, 1778, 1792 Abs. 4, 1898, 1899, 1900, 1915—1917 B.G.B.

der Ehegatte oder die Mutter eines unehelichen Kindes vor den andere[n] Berufenen bestellt wird;[27]

b) Beistände bestellen[28] und verpflichten,[29] sofern die Bestellun[g] vom Vater angeordnet oder von der Mutter beantragt ist;

c) Vormünder, Gegenvormünder und Pfleger mit ihrem Ein[-]verständnis entlassen;[30]

d) falls ein Gegen- oder Mitvormund nicht vorhanden ist, die Ge[-]nehmigung zur Anlegung von Mündelgeldern,[31] zur Verfügung übe[r] Forderungen oder andere auf eine Leistung gerichtete Rechte des Mündels, oder über Wertpapiere des Mündels, sowie zur Eingehung der Ver[-]pflichtung zu einer solchen Verfügung erteilen;[32]

e) die Genehmigung erteilen zur Zurücknahme hinterlegter Wert[-]papiere oder Kostbarkeiten,[33] zur Verfügung über auf den Namen des Mündels umgeschriebene Inhaberpapiere oder verklausulierte Buch[-]forderungen des Mündels gegen das Reich oder einen Bundesstaat,[34] zur Erhebung angelegter Gelder,[35] sowie zur Verfügung über hinterlegte Wertpapiere und Kostbarkeiten und zur Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung sowie zur Verfügung über Inhaberpapiere, die auf den Namen des Mündels umgeschrieben oder in Buchforderungen umgewandelt worden sind;[36]

f) die vorläufige Unterbringung eines Minderjährigen im Zwangs[-]erziehungsverfahren anordnen;[37]

g) die vom Vormunde, Pfleger oder Beistand während der Dauer des Amtes und nach Beendigung desselben einzureichenden Rechnungen prüfen und die Abnahme der Schlußrechnung vermitteln;[38]

h) alle das Verfahren betreffenden und die Entscheidung nur vor[-]bereitenden Verfügungen treffen.

6. Grundsätzlich wichtige Fragen können von der Abteilung oder dem Vorsitzenden an das P l e n u m verwiesen werden. Dies soll ins[-]

27) Vgl. §§ 1778 Abs. 3, 1900 Abs. 2 und 3 B.G.B.
28) Vgl. §§ 1687 Ziff. 1 und 2, 1694 B.G.B.
29) Vgl. § 10 Abs. 1 Vormundschaftsgesetz.; § 1694 B.G.B. Bez. der Übertragung der Verpflichtung s. Anm. 24.
30) Vgl. §§ 1887—1889, 1895, 1915, 1694 B.G.B.
31) Vgl. §§ 1806—1808, 1810 Satz 2 B.G.B.
32) Vgl. § 1812 Abs. 3 B.G.B.
33) Vgl. §§ 1814, 1818 B.G.B.
34) Vgl. §§ 1815, 1816 B.G.B.
35) Vgl. § 1809 B.G.B.
36) Vgl. §§ 1819, 1820 B.G.B.
37) Vgl. §§ 17, 6 Zwangserziehungsges. v. 11. Sept. 1907.
38) Vgl. §§ 1840 ff., 1890 ff., 1915, 1693 B.G.B.

besondere dann geschehen, wenn von früheren Entscheidungen einer Abteilung oder eines Vorsitzenden abgewichen werden soll.[39] Alsdann erfolgt die Entscheidung durch das Plenum, welches beschlußfähig ist bei Anwesenheit von mehr als der Hälfte der Mitglieder der Vormundschaftsbehörde.[40]

IV. Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde.

1. Auf das Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde sind die in den §§ 1—34 F.G.G. für die Gerichte gegebenen Vorschriften anzuwenden (§ 194 Abs. 1 F.G.G.).

2. Nach § 194 Abs. 3 F.G.G. finden jedoch die Vorschriften des F.G.G. über die Sitzungspolizei und über die Beratung und Abstimmung (§ 8), über die Richter-Unfähigkeit (§ 6), die Gerichtsferien (§ 10), die Protokollaufnahme von Anträgen und Erklärungen (§ 11), die Art der Bekanntmachung gerichtlicher Verfügungen (§ 16) sowie die Erteilung von Rechtskraftzeugnissen (§ 31) an sich auf das Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde keine Anwendung. Indessen sind landesgesetzlich[41] diese Vorschriften auch auf das Verfahren vor der Vormundschaftsbehörde ausgedehnt worden, abgesehen von der Vorschrift über die Gerichtsferien. Hinsichtlich der Beratung und Abstimmung kommt in Betracht, daß die Sekretäre an der Beratung teilnehmen und bei den ihnen zum Bericht zugewiesenen Sachen beratende Stimme haben. Die Reihenfolge bei der Abstimmung richtet sich nach dem Lebensalter, der jüngste stimmt zuerst ab, der Vorsitzende immer zuletzt.[42]

3. Über die Befugnis der Vormundschaftsbehörde zur Beurkundung von öffentlichen Urkunden über die Anerkennung der Vaterschaft s. § 137 II 2 a.

4. Die Vormundschaftsbehörde ist zur öffentlichen Beglaubigung von Unterschriften befugt. Doch soll sie hiervon nur bei Erklärungen Gebrauch machen, die mit den vor ihr verhandelten Sachen im Zusammenhang stehen.[43]

5. Nach § 794 Ziff. 5 Z.P.O. findet aus gerichtlichen oder notariellen Urkunden die sofortige Zwangsvollstreckung statt, wenn der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung

39) Vgl. § 9 Vormundschaftsges.
40) Vgl. § 1 Abs. 3 Vormundschaftsges.
41) Durch § 13 Vormundschaftsges.
42) Vgl. §§ 13 Abs. 2, 10 Abs. 2 Vormundschaftsges.; 199 G.V.G.
43) Vgl. § 11 Abs. 2, 3 Vormundschaftsges. S. auch oben § 31 II 3. Die Zulässigkeit der Bestimmung folgt aus § 191 Abs. 2 F.G.G.

unterworfen hat. Die Landesgesetzgebung ist befugt, diese Vorschrift a
andere Schuldtitel auszudehnen (§ 801 Z.P.O.). Hiervon hat Hambu
Gebrauch gemacht, indem es u. a. die Vollstreckbarkeit von Urkunden a
geordnet hat, welche von der Vormundschaftsbehörde über Ansprüche a
Zahlung von Geld oder Leistung einer bestimmten Quantität ander
vertretbarer Sachen oder Wertpapiere aufgenommen sind, sofern sich d
Schuldner in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unte
worfen hat (§ 12 Vormundschaftsges.). Die Vollstreckungsklausel wird i
diesem Falle von einem Sekretär der Vormundschaftsbehörde erteilt.[44]

Die Verrichtungen bez. der Zwangsvollstreckung aus den unte
altem Recht aufgenommenen Urkunden der Vormund
schaftsbehörden sind auf die jetzige Vormundschaftsbehörde übergegange
(§ 17 Vormundschaftsges.).

§ 141. Vormund, Familienrat, Gemeindewaisenrat.

A. Nach § 1784 B.G.B. soll ein Beamter oder Religions-
diener, der nach den Landesgesetzen einer besonderen Erlaubnis zur
Übernahme einer Vormundschaft bedarf, nicht ohne die vorgeschriebene
Erlaubnis zum Vormund bestellt werden. Entsprechend bestimmt § 1888
B.G.B., daß, wenn eine Bestellung zum Vormund erfolgt und die er-
forderliche Erlaubnis versagt oder zurückgenommen wird, der als Vor-
mund bestellte Beamte oder Religionsdiener zu entlassen ist.

Für Hamburg fehlt es an einer solchen Vorschrift. Nach § 13
der Gehaltsordnung vom 1. Mai 1907[1] dürfen Beamte ein Nebenamt
oder eine Nebenbeschäftigung nur übernehmen, wenn und soweit dies mit
der gewissenhaften Wahrnehmung ihrer Amtspflichten und mit dem in
ihrem Berufe erforderten Ansehen und Vertrauen vereinbar ist. Sie
bedürfen der vorgängigen Genehmigung der vorgesetzten Behörde zur
Übernahme eines Nebenamtes oder einer Nebenbeschäftigung, mit welcher
eine fortlaufende Remuneration, in Geld oder in anderen Vorteilen be-
stehend, verbunden ist. Hierunter fällt die Vormundschaft nicht, auch
wenn für dieselbe eine fortlaufende Vergütung bezahlt wird (§ 1836

44) Über Einwendungen betr. die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel sowie über die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung entscheidet der Vorsitzende, über die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidungen des Vorsitzenden in Zwangsvollstreckungssachen die Zivilkammer des Landgerichts. Im übrigen findet die Zwangsvollstreckung aus solchen Urkunden nach Maßgabe der Bestimmungen der Z.P.O. statt (§ 12 Abs. 3, 4 Vormundschaftsges.).

1) Amtsbl. 1907 S. 232.

B.G.B.). Denn die Vormundschaft wird nicht betrieben, um daraus eine Vergütung zu ziehen, sie ist grundsätzlich unentgeltlich und nur ausnahmsweise entgeltlich. Demnach können Beamte in Hamburg ohne Erlaubnis ihrer Behörde zu Vormündern bestellt werden.[2]

B. Die Anstalts- oder Generalvormundschaft. Nach Art. 136 E.G. z. B.G.B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, nach welchen der Vorstand einer unter staatlicher Verwaltung oder Aufsicht stehenden Erziehungs- oder Verpflegungsanstalt oder ein Beamter alle oder einzelne Rechte und Pflichten eines Vormundes für diejenigen Minderjährigen hat, welche in der Anstalt oder unter der Aufsicht des Vorstandes oder des Beamten in einer von ihm ausgewählten Familie oder Anstalt erzogen oder verpflegt werden, und der Vorstand der Anstalt oder der Beamte auch nach der Beendigung der Erziehung oder der Verpflegung bis zur Volljährigkeit des Mündels diese Rechte und Pflichten behält, unbeschadet der Befugnis des Vormundschaftsgerichts, einen anderen Vormund zu bestellen. Hamburg hat schon im früheren Recht[3] derartige Bestimmungen gehabt, insbesondere lag dem Waisenhauskollegium die gesetzliche Vormundschaft über die in der öffentlichen Waisenpflege befindlichen Unmündigen ob. Diese Bestimmung ist aufrechterhalten, zunächst anläßlich des Inkrafttretens des B.G.B. (§ 75 A.G. z. B.G.B.), und dann in dem neuen Fürsorgegesetz vom 11. September 1907 (§ 7) neu gefaßt worden.

I. Das Gesetz unterscheidet zwischen Anstaltsvormundschaft und Anstaltspflegschaft Minderjähriger. Auf die Entmündigung Großjähriger finden diese Vorschriften keine Anwendung.

1. Die Voraussetzungen für die Anstalts- oder Generalvormundschaft sind:

a) die Notwendigkeit einer Bevormundung der Minderjährigen. Diese liegt vor, wenn der Minderjährige nicht unter elterlicher Gewalt steht oder wenn die Eltern weder in den die Person noch in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten zur Vertretung des Minderjährigen berechtigt sind (§ 1773 B.G.B.).

---

2) Vgl. Amtsger.Samml. 1903 S. 245.

3) Vgl. § 3 Gesetz betr. die öffentliche Waisenpflege v. 8. Juli 1892 (Wulff 1. Aufl. III S. 280), Art. 9 der alten Vormundschaftsordnung (Wulff 1. Aufl. II S. 352), § 10 Ges. betr. Zwangserziehung vom 6. April 1887 (Wulff III S. 128).

α) Nicht unter elterlicher Gewalt stehen Minderjährige

aa) als Ganzwaisen;

bb) wenn während der Ehe der Vater oder nach der Auflösung de Ehe ein Elternteil die elterliche Gewalt verwirkt;[4]

cc) wenn die Mutter, sofern die elterliche Gewalt ihr zustand, sich wieder verheiratet;[5]

dd) wenn der Minderjährige ein uneheliches Kind ist;[6]

ee) wenn das durch die Annahme an Kindesstatt begründete Rechtsverhältnis zwischen dem Annehmenden und dem Kinde wieder aufgehoben worden ist, gleichgültig, ob die leiblichen Eltern des Kindes noch leben.[7]

β) Den Eltern fehlt die Berechtigung zur Vertretung des Kindes sowohl in den die Person als in den das Vermögen betreffenden Angelegenheiten,

aa) wenn sie ihnen wegen entgegenstehender Interessen von der Vormundschaftsbehörde entzogen ist;[8]

bb) wenn die elterliche Gewalt des Vaters ruht und die Mutter tot ist, oder die Mutter zwar noch lebt, aber die Ehe aufgelöst und die Gewalt der Mutter nicht übertragen ist;[9]

cc) wenn die elterliche Gewalt der Mutter ruht;[10]

dd) wenn dem Vater wegen Gefährdung des Wohls des Kindes die Vermögensverwaltung entzogen ist.[11]

b) Die Minderjährigen müssen der öffentlichen Waisenpflege überwiesen sein, und nicht etwa bloß der Fürsorge des Waisenhauskollegiums. Ob sie dauernd oder vorübergehend der öffentlichen Waisenpflege überwiesen sind, ist gleichgültig; ebenfalls, ob sie im Waisenhause oder bei Kosteltern untergebracht sind.

Der öffentlichen Waisenpflege werden armenrechtlich hilfsbedürftige Minderjährige in der Regel bis zur Beendigung der Schulpflicht überwiesen,[12] und zwar

---

4) Vgl. §§ 1680, 1684 B.G.B.
5) Vgl. § 1697 B.G.B.
6) Vgl. § 1707 B.G.B.
7) Vgl. §§ 1765, 1768 ff. B.G.B.
8) Vgl. §§ 1630 Abs. 2, 1796 B.G.B.
9) Vgl. § 1685 B.G.B.
10) Vgl. § 1696 B.G.B.
11) Vgl. § 1666 Abs. 2 B.G.B.
12) Vgl. § 12, 17 Armengeს. v. 11. Sept. 1907, § 3 Nr. 1 Fürsorgeges. v. 11. Sept. 1907.

α) wenn ihr Familienstand nicht zu ermitteln ist oder ihre Eltern verstorben oder von Hamburg abwesend sind;

β) wenn ihren Eltern die Sorge für die Person des Kindes nicht zusteht.

In anderen Fällen, insbesondere auch über die Schulpflicht hinaus kann die Armenkreisversammlung die Gewährung von Armenunterstützung durch Übernahme in öffentliche Waisenpflege beschließen.[13]

Nicht in öffentlicher Waisenpflege befinden sich die Minderjährigen, welche nach Anordnung der Zwangserziehung der Fürsorge des Waisenhauskollegiums unterstellt sind.[14]

2. Art. 136 E.G. z. B.G.B. erwähnt die Anstalts- oder Generalpflegschaft nicht. Doch ergibt sich seine Anwendbarkeit auf die Pflegschaft aus § 1915 B.G.B., auch bildet die Pflegschaft gegenüber der Vormundschaft das in ihr liegende Minus.[15] Voraussetzungen für die Anstaltspflegschaft sind:

a) Es muß kein Bedürfnis für eine Bevormundung der Minderjährigen vorliegen, doch muß das Vormundschaftsgericht eine Pflegschaft zur Sorge für die Person des Kindes angeordnet haben. Eine Pflegschaft tritt ein, wenn der Gewalthaber oder Vormund des Minderjährigen an der Ausübung der Sorge für die Person des Kindes verhindert ist, z. B. weil ihm die Fürsorge durch das Vormundschaftsgericht entzogen ist.[16]

b) Die Minderjährigen müssen der öffentlichen Waisenpflege überwiesen sein (s. unter 1 b).

II. Liegen diese Voraussetzungen vor, so tritt die Anstalts- oder Generalvormundschaft oder -pflegschaft ein, d. h. der Direktor des Waisenhauses[17] hat die Rechte

13) Vgl. § 14 Abs. 3 Armenges. v. 11. Sept. 1907.

14) Nach früherem Recht (vgl. § 10 Zwangserziehungsges. v. 6. April 1887) standen die Zwangserziehungskinder ebenfalls unter der gesetzlichen Vormundschaft der Behörde für Zwangserziehung.

15) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 57; Planck VI Art. 136 Anm. 1 e.

16) Hier kommen vor allem in Betracht die §§ 1665, 1666 B.G.B.

17) Bis zum Erlaß des neuen Fürsorgeges. v. 11. Sept. 1907 hatte das Waisenhauskollegium als solches, nicht der Direktor des Waisenhauses, die gesetzliche Vormundschaft (vgl. § 75 A.G. z. B.G.B.). Die Zulässigkeit der Änderung ist nicht zu bezweifeln, da, wenn auch das Waisenhauskollegium an sich als Vorstand des Waisenhauses anzusehen ist, nach Art. 136 E.G. z. B.G.B. auch ein Beamter der Anstalt zum Generalvormund bestellt werden kann.

und Pflichten eines Vormundes oder eines zur Sorge für die Person bestellten Pflegers.

1. Der Waisenhausdirektor hat die Stellung eines gesetzlichen Vormundes oder Pflegers, ohne Rücksicht darauf, ob nach dem B.G.B. andere Personen zum Amt des Vormunds berufen waren. Mit dem Eintritt dieser Vormundschaft oder Pflegschaft, d. h. regelmäßig mit der Übernahme in öffentliche Waisenpflege, hört das Amt des bisherigen Vormundes oder Pflegers von selbst auf. Einer Entlassung des letzteren bedarf es ebensowenig wie einer Ernennung des Waisenhausdirektors durch das Vormundschaftsgericht.[18] Doch bleibt dem Vormundschaftsgericht stets das Recht, einen anderen Vormund oder Pfleger zu bestellen (§ 7 Abs. 1 Fürsorgeges.).

2. Der Direktor des Waisenhauses steht hinsichtlich seiner Geschäftsführung als Vormund und Pfleger unter der Aufsicht des Vormundschaftsgerichts.[19] Er haftet ebenso wie der Vormund für die Ausübung der vormundschaftlichen Rechte und Pflichten (§ 1833 B.G.B.).[20] Verletzt der Direktor die ihm als gesetzlichem Vormunde oder Pfleger obliegenden Pflichten, so haftet den Beteiligten gegenüber an seiner Stelle der Staat. Dem Staat gegenüber haftet der Direktor für den Ersatz des Schadens, für welchen der Staat verantwortlich ist, nur, wenn seine Pflichtverletzung auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruht (§ 8 Fürsorgeges.).[21] Voraussetzung der Haftung des Direktors dem Staat gegenüber ist aber, daß der Staat den Schaden hat ersetzen müssen.

18) Deshalb kommt auch § 1779 B.G.B. nicht in Betracht, der sich nur auf die Bestellung des Vormundes durch das Vormundschaftsgericht bezieht. Es kann nicht verlangt werden, daß der Direktor des Waisenhauses demselben religiösen Bekenntnis angehört wie das Mündel (vgl. Entsch. des preuß. Kammerger. v. 23. Sept. 1901 in Jahrb. 22 A 221).

19) Das Vormundschaftsgericht ist nicht berechtigt, die Waisenpflege selbst mit verbindlicher Kraft für die Waisenbehörden anzuordnen, es kann nur in bestimmten Fällen nach §§ 1838, 1666 B.G.B. die Anordnung treffen, daß das Kind in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt untergebracht werde. Vgl. die unter altem Recht erlassenen, aber auch jetzt noch zutreffenden Entscheidungen des O.L.G. in Beibl. 1897 Nr. 120 I und II, ferner Mot. zum B.G.B. Entw. I, IV S. 1156.

20) Vgl. das bei Wulff II S. 445 Anm. 4 angegebene Urteil des O.L.G. v. 31. Mai 1901.

21) Die Zulässigkeit dieser Regelung beruht auf Art. 77 E.G. z. B.G.B., da dem Direktor die Vormundschaft in seiner Eigenschaft als solchem, also kraft und für die Dauer seiner amtlichen Stellung auferlegt ist. Die abgeschwächte Haftung des Direktors gegenüber dem Staat entspricht derjenigen des Grundbuchbeamten (vgl. § 34 A.G. z. G.B.O.). S. hierüber § 71 I 2.

3. Der **Waisenhausdirektor** hat als Vormund und Pfleger nur diejenigen **Rechte** und **Pflichten**, welche im einzelnen Falle dem Vormund oder Pfleger nach dem B.G.B. zustehen.

a) Steht neben dem Vormunde dem Vater oder der ehelichen oder unehelichen Mutter die tatsächliche Fürsorge für die Person des Mündels zu,[22] so bleibt dies Recht neben demjenigen des Anstaltsvormundes bestehen. Dies kommt insbesondere für die uneheliche Mutter in Betracht, neben welcher der Vormund nur die rechtliche Stellung des Beistandes hat (§ 1707 B.G.B.).

b) Bei der Führung der Vormundschaft ist der Direktor hinsichtlich der für die Verpflegung und Erziehung der Minderjährigen erforderlichen Mittel an die Beschlüsse des Waisenhauskollegiums gebunden, so daß dem letzteren eine Einwirkung auf die Vormundschaft zusteht.

c) Von praktischer Bedeutung ist die Frage, inwieweit **Eltern** oder sonstige gesetzliche Vertreter die **Herausgabe des Kindes aus der Waisenpflege** verlangen können. Steht dem Waisenhausdirektor die Sorge für die Person des Kindes zu, so hat er auch die Bestimmung über den Aufenthalt des Kindes. Steht indessen einem Elternteile neben dem Vormund die Sorge für die Person zu,[23] so kann dieser Elternteil auch die Herausgabe des Kindes verlangen (§ 1631 B.G.B.). Würde durch die Herausgabe des Kindes das Wohl desselben gefährdet, so kann der Waisenhausdirektor die entsprechenden Maßregeln

---

22) Hierfür kommen namentlich in Betracht die §§ 1678, 1696, 1697, 1698, 1702, 1707, 1738, 1765 B.G.B. Das O.L.G. hat in einem Beschluß vom 22. Dezember 1902 (Amtsger.Samml. 1903 S. 12 ff.; Rechtspr. der O.L.G. VI S. 64 ff.) sich dahin ausgesprochen, daß das Waisenhauskollegium unter allen Umständen bei den hier in Frage kommenden Kindern alle Rechte des Vormundes habe, daß daneben kein Raum sei für eine anderweitige Sorge für die Person des Kindes. Die Beweisführung, welche vor allem auf dem Wortlaut des § 75 Abs. 2 A.G. z. B.G.B. beruht, wonach das Kollegium „die" Rechte und Pflichten eines Vormundes, das seien „alle" Rechte und Pflichten, habe, erscheint nicht stichhaltig. Vielmehr dürfte hinter „die Rechte und Pflichten eines Vormundes" zu ergänzen sein, „welche derselbe im betreffenden Falle besitzt". Es kann dahingestellt bleiben, ob es landesgesetzlich überhaupt zulässig sein würde, dem betr. Elternteil das ihm reichsrechtlich zustehende Recht der Sorge für die Person zu entziehen, jedenfalls hätte das A.G. dies deutlich aussprechen müssen. Mit der hier ausgeführten, auch für das heutige Recht mit der Maßgabe, daß an Stelle des Waisenhauskollegiums der Waisenhausdirektor zu setzen ist, in Betracht kommenden Ansicht stimmen überein **Planck** VI Art. 136, **Wulff** III S. 40 Anm. 1.

23) Dies trifft nicht zu im Falle des § 1698 B.G.B., da die Mutter hier hinsichtlich der Sorge für die Person des Kindes dem Vormunde gegenüber dieselbe Stellung hat wie gegenüber dem Vater. Vgl. zu dieser Frage die für das alte Recht gegebene, aber jetzt auch noch interessierende Entscheidung des O.L.G. Beibl. 1899 Nr. 25.

bei dem Vormundschaftsgericht beantragen, insbesondere dem betreff
den Elternteil die Sorge für die Person des Kindes entziehen lassen o
die Anordnung der Zwangserziehung erwirken.

4. Dem Direktor des Waisenhauses stehen als Vormund u
Pfleger gewisse Befreiungen zu, neben ihm wird ein Gegenvormund ni
bestellt (§ 7 Abs. 2 Fürsorgeges.).[24] Er darf danach Mündelgeld o
die Beschränkung hinterlegen, daß zur Erhebung des Geldes die G
nehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist, und kann a
über Forderungen und Wertpapiere des Mündels unbeschränkt v
fügen.[25] Dagegen bedarf auch der Anstaltsvormund in den übrig
Fällen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, z. B. zum Abschl
eines Lehr- oder Dienstvertrages für längere Zeit als ein Jahr. Die
Befreiungen des Anstaltsvormundes können demselben nicht, wie die v
den Eltern gewährten,[26] wenn es das Interesse des Mündels erforder
durch das Vormundschaftsgericht entzogen werden.

III. Beendigung der Anstaltsvormundschaft u
-pflegschaft.

Die Anstaltsvormundschaft oder -pflegschaft endet,[27] abgesehen vo
dem Tode des Minderjährigen, grundsätzlich mit dem Eintritt d
Volljährigkeit, auch wenn die öffentliche Waisenpflege sch
vorher aufgehört hat;[28] doch muß die letztere mindestens bis zur Vol
endung der Schulpflicht gedauert haben.[29] Bei der Beendigung d
Vormundschaft hat der Waisenhausdirektor dem Mündel das verwalte
Vermögen herauszugeben und über die Verwaltung Rechenschaft a
zulegen.

IV. Ein Erziehungsrecht gewährt § 9 Fürsorgeges. der
Waisenhauskollegium auch hinsichtlich derjenigen, seiner Für
sorge überwiesenen Minderjährigen, für welche eine Anstaltsvormund
schaft nicht besteht. Auch hat das Kollegium die Befugnis zur An
wendung angemessener Zuchtmittel.[30] Die Gültigkeit dieser landesgese

24) Diese Vorschrift beruht auf Art. 136 Nr. 4 E.G. z. B.G.B.

25) Vgl. § 1852 B.G.B. Dagegen vgl. zum folgenden §§ 1821
1822 B.G.B.

26) Vgl. § 1857 B.G.B.

27) Die Vormundschaft des Direktors endet natürlich auch, sobald der
selbe sein Amt verläßt; dann tritt der neue Direktor von selbst an seine Stell

28) Diesen Fall sieht Art. 136 Nr. 1 E.G. z. B.G.B. ausdrücklich vo

29) Ist schon vor Vollendung der Schulpflicht der Fortfall der Hilfs
bedürftigkeit durch die Armenbehörde festgestellt und der Minderjährige au
der öffentlichen Waisenpflege entlassen, so endet damit auch die Anstalts
vormundschaft des Waisenhausdirektors.

30) Nach Maßgabe der §§ 1800, 1631 Abs. 2 B.G.B.

lichen Vorschrift beruht darauf, daß es sich nicht um eine Beschränkung des den Eltern nach dem Reichsrecht (§ 1631 B.G.B.) zustehenden Erziehungsrechts, sondern um eine gleichsam disziplinarische, dem Verwaltungsrecht angehörige Vorschrift handelt. Sie entspringt dem Interesse der Anstaltsdisziplin.[31]

C. Der Familienrat.

Das Institut des Familienrats ist im B.G.B. erschöpfend geregelt.[32] Nur über die Frage des Vorsitzes war landesrechtlich eine Vorschrift zu treffen, da der Vorsitz dem Vormundschaftsrichter zusteht (§ 1860 B.G.B.), Hamburg aber die dem Vormundschaftsgericht im Bezirk des Amtsgerichts Hamburg obliegenden Verrichtungen der Vormundschaftsbehörde übertragen hat. Auf Grund von § 190 F.G.G., der für einen solchen Fall landesgesetzliche Vorschriften über den Vorsitz im Familienrate zuläßt, ist der Vorsitz dem Vorsitzenden der nach der Geschäftsverteilung zuständigen Abteilung der Vormundschaftsbehörde übertragen worden (§ 15 Vormundschaftsges.).

D. Der Gemeindewaisenrat.

Der Gemeindewaisenrat hat die Aufgabe, das Vormundschaftsgericht bei seinen Obliegenheiten zu unterstützen.

I. Seine Zuständigkeit ist im B.G.B. geregelt. Danach hat er nötigenfalls geeignete Personen als Vormünder, Gegenvormünder, Pfleger, Beistände, Familienratsmitglieder vorzuschlagen,[33] die Vormünder hinsichtlich der Fürsorge für die Person der Mündel zu überwachen[34] und von der Notwendigkeit, einen Vormund, Gegenvormund, Pfleger zu bestellen, sowie von der Gefährdung des Vermögens und der Person unter Vormundschaft oder elterlicher Gewalt stehender Kinder dem Vormundschaftsgericht Anzeige zu erstatten.[35]

II. Die Organisation des Gemeindewaisenrats ist der Landesgesetzgebung überlassen.

1. Für das Stadtgebiet Hamburg sind die Geschäfte des Gemeindewaisenrats dem Waisenhauskollegium übertragen worden (§ 77 Abs. 1 A.G. z. B.G.B.). Soweit nicht das Waisenhauskollegium

31) Mit Rücksicht auf den öffentlichrechtlichen Charakter der Vorschrift, den auch die Begründung (vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1904 S. 647) annimmt, wäre die Bezugnahme auf die §§ 1800, 1631 Abs. 2 B.G.B. im § 9 des Fürsorgegesetzes besser unterblieben.
32) Vgl. §§ 1858—1881 B.G.B.
33) Vgl. §§ 1779, 1849, 1792 Abs. 4, 1915, 1694 B.G.B.
34) Vgl. § 1850 B.G.B.
35) Vgl. §§ 1850, 1675 B.G.B., § 49 F.G.G.



sich diese Verrichtungen zur eigenen Wahrnehmung vorbehält, haben di Waisenpfleger als Organe des Waisenhauskollegiums die Ver richtungen des Gemeindewaisenrats selbständig wahrzunehmen (§ 14 Für sorgegeſ.).

a) Die **Waisenpfleger** werden von dem **Waisenhaus kollegium** aus einem von der Bezirksversammlung der Waisen pfleger vorzulegenden Wahlaufsatze von zwei Personen auf die Dau von **vier Jahren gewählt**. Voraussetzung für die Wahl i lediglich Volljährigkeit und Reichsangehörigkeit. Auch Frauen könne zu Waisenpflegern gewählt werden (§ 12 Fürsorgeges.).[36] Eine Ver pflichtung zur Annahme des Amtes eines Waisenpflegers besteht nicht

b) Die Waisenpfleger führen ihre Geschäfte, von denen nur ei Teil sich auf die Verrichtungen des Gemeindewaisenrates bezieht,[37] unter Aufsicht der Kreisvorsteher nach Anleitung einer Geschäftsan weisung des Waisenhauskollegiums. Sie stehen zu letzterem in einen dauernden Unterordnungsverhältnisse und sind daher als **Beamt** anzusehen. Ihr Amt ist ein **Ehrenamt**.

2. **Im übrigen Staatsgebiet** haben die **Gemeinde behörden** die Gemeindewaisenräte zu organisieren (§ 77 Abs. 2 A.G. z. B.G.B.). Gemeindebehörden sind die Gemeindeversammlungen,[38] in Bergedorf Magistrat und Bürgervertretung. Soweit die Gemeinde behörden einen Beschluß über die Organisation des Gemeindewaisenrats nicht gefaßt haben, fungiert der Gemeindevorstand[39] als Gemeinde waisenrat.

§ 142. Die Führung der Vormundschaft.

Die Vorschriften über die Führung der Vormundschaft werden nur in bezug auf zwei Punkte, die **Aufnahme des Vermögens verzeichnisses** durch den Vormund und die **Anlegung von Mündelgeld**, durch die Hamburgische Landesgesetzgebung ergänzt.

36) Doch ist Voraussetzung für die Wahl weiblicher Personen, daß der Wahlaufsatz mit einer Mehrheit von mindestens drei Viertel der anwesenden Waisenpfleger beschlossen worden ist. Neben den vollberechtigten Pflegerinnen stehen noch **Helferinnen**, welche die Waisenpfleger in ihren Verrichtungen zu unterstützen haben (§ 13 des Ges.).

37) Sie haben außerdem noch die in Familien untergebrachten der Fürsorge des Waisenhauskollegiums unterstellten Minderjährigen und das Halten von Kostkindern zu beaufsichtigen (§ 14 Fürsorgeges.).

38) Vgl. Art. 10 A Landgemeindeordn. v. 12. Juni 1871 (Wulff I S. 74).

39) Vgl. Art. 10 B Landgemeindeordn. v. 12. Juni 1871 (Wulff I S. 75).

I. Der Vormund und der Pfleger haben ein Verzeichnis über das Vermögen des Mündels aufzunehmen und dem Vormundschaftsgericht einzureichen. Ist dasselbe ungenügend, so kann das Vormundschaftsgericht die Aufnahme des Verzeichnisses durch eine zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar anordnen (§§ 1802 Abs. 3, 1897, 1915 B.G.B.). Die Bestimmung der zuständigen Behörde und Beamten erfolgt durch die Landesgesetzgebung. In Hamburg sind außer den Notaren das Gerichtsvollzieheramt und die Gerichtsvollzieher in Ritzebüttel und Bergedorf für die Aufnahme des Vermögensverzeichnisses zuständig[1] (§ 76 A.G. z. B.G.B.).

II. Die Anlegung von Mündelgeld ist reichsrechtlich geregelt. Doch bestehen in bezug hierauf mehrere Vorbehalte zugunsten der Landesgesetzgebung.

1. Die Anlegung von Mündelgeld kann erfolgen in Forderungen, für die eine sichere Hypothek besteht oder in sicheren Grundschulden oder Rentenschulden. Den Landesgesetzen liegt es ob, die Grundsätze zu bestimmen, nach denen die Sicherheit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld festzustellen ist (§ 1807 Ziff. 1 Abs. 2 B.G.B.). Dies ist für Hamburg dahin erfolgt (§ 74 A.G. z. B.G.B.), daß Hypotheken, Grund- und Rentenschulden an Hamburgischen Grundstücken[2] für sicher erklärt sind, wenn sie

a) bei Grundstücken, deren Grundsteuerwert[3] nicht höher als 300 000 Mk. ist, innerhalb der ersten Hälfte dieses Wertes, bei Grundstücken, deren Wert zwischen 300 000 Mk. und 450 000 Mk. beträgt, innerhalb der ersten 150 000 Mk., bei Grundstücken, deren Wert ein noch höherer ist, innerhalb des ersten Drittels ihres Wertes zu stehen kommen,[4] und

b) außerdem noch durch Feuerversicherung gedeckt sind. Letzteres

1) Vgl. §§ 4, 16 Ges. betr. das Gerichtsvollzieherwesen v. 24. Dez. 1899 (Wulff III S. 212, 214), § 104 Instr. für das Gerichtsvollzieheramt (Wulff III S. 444).

2) Die Sicherheit der Hypothek bestimmt sich nach den Vorschriften desjenigen Staates, in dessen Gebiet das Grundstück belegen ist. Vgl. Dernburg IV S. 362 Anm. 3.

3) Der Grundsteuerwert wird nach § 5 Grundsteuerges. v. 4. Juli 1881 bestimmt (Wulff I S. 241), und zwar verschieden, je nachdem die Grundstücke zum landwirtschaftlichen Betriebe dienen oder nicht.

4) Diese Grundsätze entsprechen im wesentlichen denen des früheren Hamb. Rechts. Vgl. § 45 Abs. 2 der Vormundschaftsordnung v. 14. Dez. 1883 (Wulff 1. Aufl. II S. 362).

kommt für Grundstücke, deren Hauptwert in Ländereien besteht, ni
in Betracht.

2. Die Anlegung von Mündelgeld kann ferner bei einer *i
ländischen öffentlichen Sparkasse* erfolgen, welche v
der zuständigen Behörde des Bundesstaates, in dem sie ihren Sitz h
für geeignet erklärt ist[5] (§ 1807 Ziff. 5 B.G.B.).

In Hamburg ist als zuständige Behörde der Senat erklärt word
(§ 73 A.G. z. B.G.B.). Derselbe hat die *Hamburger Spar
kasse von 1827*, die *Neue Sparkasse in Hamburg*,[6] d
Ritzebütteler, die *Bergedorfer* und die *Ochsenwärde
Sparkasse*[7] zur *Anlegung von Mündelgeld für ge
eignet* erklärt.

Die Ritzebütteler, Bergedorfer und Ochsenwärder Sparkasse sin
in den kommunalen Organismus eingegliedert, so daß sie als öffentlic
gelten müssen. Diese Eingliederung ist aber nicht unbedingte Voraus
setzung für das Vorliegen einer öffentlichen Sparkasse. Es genügt jeden
falls ein solcher staatlicher Einfluß wie er bei den beiden Hamburge
Sparkassen vorliegt, um die Erklärung derselben zu öffentlichen Spar-
kassen zu rechtfertigen.[8] S. über diese Sparkassen Näheres S. 143 ff.

3. Im Notfalle kann das Mündelgeld auch bei einer durch Landes-
gesetz dazu für geeignet erklärten inländischen Bank angelegt werden
(§ 1808 B.G.B.). Eine solche Bestimmung ist für Hamburg nicht ge-
troffen worden.

4. Der Landesgesetzgebung ist es gestattet, noch weitere Wert-
papiere zur Anlegung von Mündelgeld für geeignet zu erklären (Art. 212,
218 E.G. z. B.G.B.). Hamburg hat auch von diesem Rechte einen
Gebrauch nicht gemacht.

---

5) Wenn eine Sparkasse seitens eines Bundesstaates für geeignet erklärt ist, darf Mündelgeld dort angelegt werden, mag auch die Vormundschaft in einem andern Bundesstaate geführt werden.

6) Vgl. § 5 Ver. v. 1. Dez. 1899 (Wulff III S. 88).

7) Vgl. Ver. v. 22. Dez. 1899 (Wulff III S. 123) und v. 1. März 1907 (Amtsbl. 1907 S. 125).

8) Vgl. hierüber Prot. der II. Komm. IV S. 763; gerade mit Rücksicht auf die verschiedenartigen Einrichtungen in den einzelnen Bundesstaaten ist die Entscheidung über die Zulassung von Sparkassen zur Anlage von Mündelgeld den Regierungen überlassen worden.

Fünftes Buch.

Erbrecht.

---

§ 143. Das Erbrecht juristischer Personen.

I. Nach Art. 138 E.G. z. B.G.B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, nach denen beim Nichtvorhandensein von Verwandten oder einem Ehegatten des Erblassers an Stelle des erbberechtigten Fiskus eine Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechts gesetzlicher Erbe ist. Dieser Vorbehalt ist für Hamburg ohne Bedeutung, denn solche Bestimmungen bestehen in Hamburg nicht.

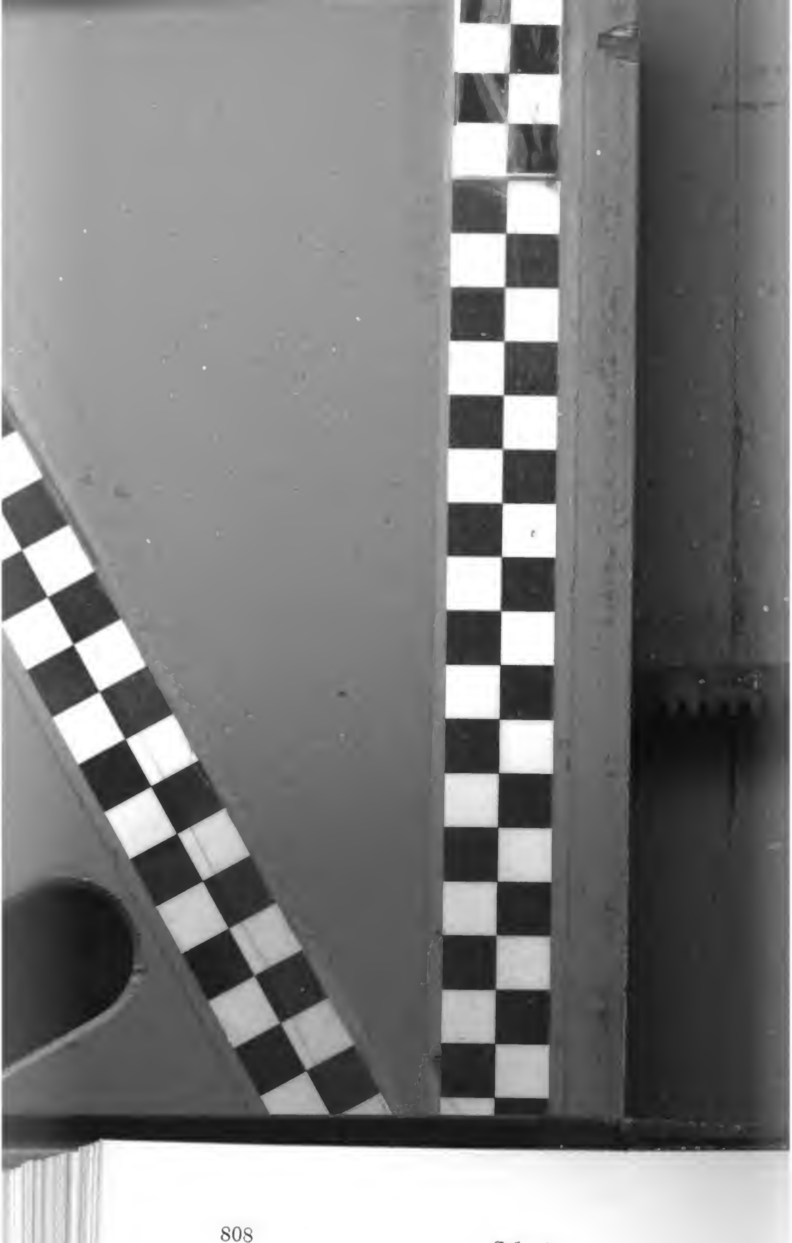
II. Dagegen hat Art. 139 E.G. z. B.G.B. für Hamburg Bedeutung, nach welchem die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben, welche dem Fiskus oder einer anderen juristischen Person in Ansehung des Nachlasses einer verpflegten oder unterstützten Person ein Erbrecht, einen Pflichtteilsanspruch oder ein Recht auf bestimmte Sachen einräumen. Das Landesrecht hat hier einen weiten Spielraum. Es kann juristischen Personen des öffentlichen und des privaten Rechts solche Rechte zuweisen, es kann minderjährige und volljährige, entgeltlich und unentgeltlich aufgenommene Personen beerben lassen. Es kann auch die gesetzlichen Erbrechte anderer Personen ganz oder teilweise ausschließen.

Derartige Vorschriften bestehen in Hamburg für bestimmte Anstalten seit alter Zeit. Sie sind erhalten geblieben, ohne daß die Ausführungsgesetzgebung, die sich mit ihnen gar nicht befaßt hat, dies ausdrücklich hervorgehoben hat.

1. Dem Hamburger Waisenhaus wurde bei seiner Errichtung im Jahre 1604[1] ein gesetzliches Erbrecht an dem Nach-

---

1) Vgl. Fundationsakte des Waisenhauses v. 24. Sept. 1604 (Kiehn, Das Hamb. Waisenhaus S. 281).



lasse seiner Zöglinge eingeräumt, welches im Jahre 1605 die Revision des Stadtrechts[2] aufgenommen worden ist und auch noch in Geltung steht.

a) Das Erbrecht betrifft den Nachlaß aller derjenigen Zöglinge Waisenhauses, welche vor erreichter Volljährigkeit sterben. Gleichgü ist, ob sie gegen Kostgeld oder unentgeltlich im Waisenhause erzo worden sind, ob sie im Waisenhause oder außerhalb desselben ster und ob sie sich zur Zeit ihres Todes noch in Waisenpflege befind Entscheidend ist allein, daß sie sich einmal als Zöglinge im Waisenha befunden haben.[3]

b) Das Erbrecht des Waisenhauses erstreckt sich auf alles, was d Waisenkind bei seinem Eintritt in das Waisenhaus besaß. Es erstr sich ferner auf dasjenige, was es während seines Aufenthaltes im Wais hause oder nach seiner Entlassung aus dem Waisenhause erworben h Ausgenommen ist dagegen vom Erbrecht des Waisenhauses dasjenig was dem Kinde während seines Aufenthalts im Waisenhause oder nac her „angeerbt" ist. Dies bezieht sich auf dasjenige, was dem Kind a intestato oder durch letztwillige Verfügung als Erbschaft zufällt. Die Vorschrift ist aber auch auf den Erwerb aus Vermächtnissen solch Personen zu erstrecken, denen gegenüber das Waisenkind ein gesetzlich Erbrecht hat.[4] Vermächtnisse von anderer Seite fallen dem Waiser hause zu. Ob der Nachlaß sich im Waisenhause oder an einem andere Orte befindet oder befunden hat, ist unerheblich.

2. Der Ortsarmenverband Hamburg hat ein ge setzliches ausschließliches Erbrecht an dem Nach lasse derjenigen Armen, welche innerhalb der letzten fünf Jahr vor ihrem Ableben mindestens 150 Wochen hindurch auf ihr Ansuche

---

2) Vgl. Art. 17 Stat. III 3, abgedruckt bei Wulff III S. 130.

3) Vgl. Baumeister II S. 250; Gries II S. 310; Trummer, Erbrecht II S. 166; Niemeyer S. 545; Wulff III S. 131.

4) Diese Frage ist sehr bestritten. Im obigen Sinne sprechen sich aus: Niemeyer S. 545; Wulff (1. Aufl. II S. 212 Anm. 4; 2. Aufl. III S. 131 Anm. 3). Dagegen sprechen alle Vermächtnisse dem Waisenhause zu: Gries II S. 309; Trummer II S. 166; Baumeister II S. 250. Da aber das alte Hamburger Recht keine so scharfe Unterscheidung zwischen der Zuwendung durch Legat und durch Erbeseinsetzung machte wie das römische Recht, vielmehr auch der Pflichtteil dem Berechtigten durch Vermächtnis zugewandt werden konnte, braucht der Begriff des „Anerbens" nicht notwendig auf die Fälle einer „Erbschaft" beschränkt zu werden. Dem Sinne des Gesetzgebers dürfte es entsprechen, daß auch diejenigen Fälle von dem Erbrecht des Waisenhauses ausgeschlossen werden, in denen dem Kinde etwas zugewandt wird, das es ebensogut ab intestato hätte erwerben können.

aus öffentlichen Mitteln unterstützt worden sind.[5] Auch wenn der Nachlaß größer ist, als die gewährten Unterstützungen, fällt er ganz der Armenanstalt zu.[6] Das Erbrecht erstreckt sich nur auf den Nachlaß derjenigen Personen, die unmittelbar Gegenstand der Armenpflege gewesen sind. Es fällt fort, wenn die gewährte Unterstützung vor dem Tode des Unterstützten erstattet ist.

Der Armenverband kann von der Geltendmachung des Erbrechts ganz oder teilweise Abstand nehmen. Doch hat niemand einen Anspruch darauf, daß der Armenverband von diesem Rechte Gebrauch macht.

3. Gewisse milde Stiftungen, welche Armen Freiwohnungen gewähren, haben ein gesetzliches Erbrecht am Nachlasse ihrer Insassen.

a) Dies Erbrecht ist allgemein anerkannt[7] für:

α) das Gast- und Krankenhaus gemäß Art. 13 der Ordnung für dasselbe vom 4. Januar 1632,[8]

β) das Hospital zum Heiligen Geist gemäß Art. 8 der Armenordnung von 1636.[9]

b) Aber auch für die übrigen milden Stiftungen aus alter Zeit, welche Freiwohnungen gewähren, hat sich gewohnheitsrechtlich ein Erbrecht an dem Nachlasse ihrer Insassen herausgebildet. Voraussetzung hierfür ist, daß das Stift im 17. und 18. Jahrhundert zu den kirchlichen Stiftungen gehörte und daß es sich sein Erbrecht seither erhalten hat.[10]

---

5) Vgl. § 22 Ges. betr. das Armenwesen v. 11. Sept. 1907. Früher bezog sich das Erbrecht nur auf den Nachlaß der eingezeichneten, d. h. dauernd unterstützten Armen. Dieser Begriff ist zunächst durch das Ges. v. 18. Mai 1892 beseitigt worden.

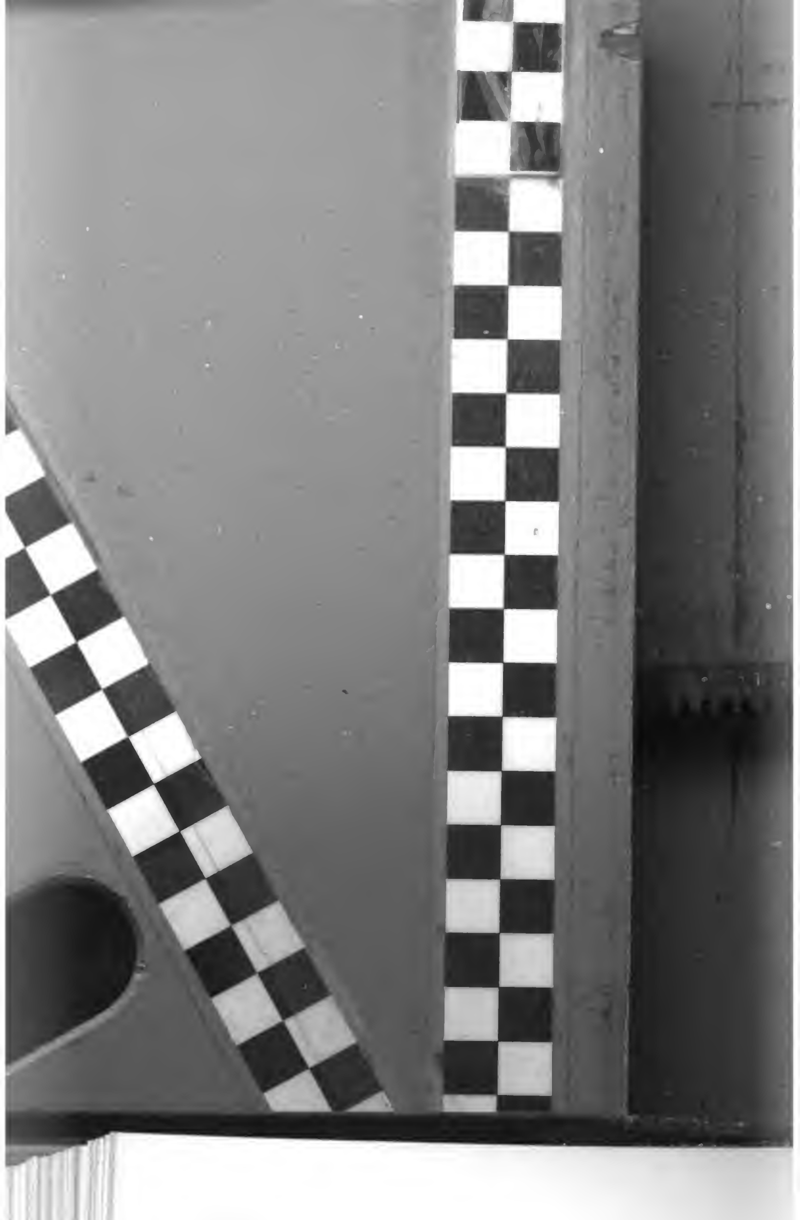
6) Vgl. Beibl. 1903 Nr. 44. In Beibl. 1895 Nr. 131 wird ausgeführt, daß dies Erbrecht eigentlich gar kein Erbrecht im Rechtssinne sei. Es ist aber gar nicht zu erkennen, weshalb auch das neue Gesetz das Wort Erbrecht hier in einem andern als dem üblichen Sinne gebrauchen sollte. Daß das Recht des Armenverbandes ein wahres Erbrecht ist, ergibt sich klar aus der Tatsache, daß der Armenverband den Nachlaß erhält, ohne Rücksicht darauf, ob er die dem Verstorbenen gewährten Unterstützungen noch so sehr übersteigt. Aus welchem Gesichtspunkte das Erbrecht ursprünglich entstanden ist, ist für das heutige Recht unerheblich. Vgl. auch Trummer II S. 164 ff. Auch die Begründung des neuen Armenges. (vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1904 S. 687) spricht nur von einem Erbrecht.

7) Vgl. Gries II S. 308 Anm.; Baumeister II S. 250; Niemeyer S. 545; Wulff III S. 131 Anm. 4.

8) Vgl. Klefeker, Samml. Hamb. Gesetze I S. 359 ff.

9) Vgl. Klefeker, Samml. Hamb. Gesetze I S. 316.

10) Das Erbrecht der milden Stiftungen ist sehr streitig. Baumeister (II S. 250), Niemeyer (S. 546), Wulff (1. Aufl. II S. 212



c) Das Erbrecht der Stiftungen erstreckt sich auf den Nachlaß d jenigen Insassen, welche ihm bis zu ihrem Tode angehört haben. der Tod in dem Stift oder außerhalb erfolgt ist, ist gleichgültig, sob der Verstorbene an sich zur Zeit des Todes dem Stift noch angehörte Ebenso ist es gleichgültig, ob die einzelnen Gegenstände sich innerha oder außerhalb des Stiftes befinden, wenn sie nur dem Verstorben gehörten,[11] oder ob der Wert des Nachlasses die für den Insassen g machten Aufwendungen übersteigt.

III. Das Recht der vorstehend aufgeführten Anstalten ste sich als ein gesetzliches Erbrecht dar.[12]

1. Das Erbrecht ist ausschließlich und geht daher den Rechten d übrigen gesetzlichen Erben vor. Es ist auch unentziehbar und kann dur letztwillige Verfügungen oder Schenkungen bei Lebzeiten nicht beein trächtigt werden.[13] Dies hat sich durch das Inkrafttreten des B.G.B nicht geändert. Denn in dieser Beziehung bleibt der Umfang de früheren Rechts aufrechterhalten (Art. 139 E.G. z. B.G.B.). Sowei das Erbrecht der Anstalten sich als ein unentziehbarer Erbanspruch als ein Noterbrecht darstellte, hat es sich in einen Pflichtteilsanspruch des neuen Rechts verwandelt. Einer besonderen gesetzlichen Anordnung be

---

Anm. 4, 2. Aufl. III S. 131 Anm. 4) wollen dies Recht nicht anerkennen, während Trummer (II S. 167) das Bestehen des Erbrechts behauptet. In dem Urteil vom 20. Dezember 1899 (Beibl. 1901 Nr. 202), welches das St. Gertrudstift betrifft, hat das O.L.G. in sehr eingehender und überzeugender Weise ausgeführt, daß das gesetzliche Erbrecht der milden Stiftungen in dem oben angegebenen Umfange kraft Gewohnheitsrechts wirklich besteht. So bezieht sich schon die Armenordnung vom Hospital zum Heiligen Geist von 1636 (s. Anm. 9) darauf, daß ein solches Erbrecht bei „andern Gades-hüsern gebrucklich" sei, auch erwähnt der Rat- und Bürgerschluß vom 9. Februar 1730 ausdrücklich, daß die Kirchen an dem Nachlaß der in Gotteswohnungen wohnenden Armen ein Sukzessionsrecht haben (Westphalen, Hamburgs Verfassung und Verwaltung II S. 247 Anm.), und daß dies erhalten bleiben solle. Danach erscheint der Schluß auf das Bestehen eines Gewohnheitsrechts hinsichtlich dieser alten Stiftungen durchaus gerechtfertigt. Auf die Stiftungen der neueren Zeit bezieht sich dies Erbrecht dagegen nicht. — Die in Hausordnungen von Stiftungen enthaltene Bestimmung, daß das Eigentum der Insassen nach deren Tode dem Stift anheimfalle, ist rechtlich ohne Bedeutung, soweit nicht dem Stift ein gesetzliches Erbrecht zusteht. Denn sie hat die künftige Erbschaft des Insassen zum Gegenstand, charakterisiert sich also als Erbvertrag. Ein solcher Vertrag war nach altem Recht ungültig, nach neuem bedarf er der notariellen Form (§ 2276 B.G.B.). Vgl. Beibl. 1901 Nr. 202.

11) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 202.

12) Anders nach elsaß-lothringischem Recht, nach welchem den Anstalten nur ein Recht auf bestimmte Sachen eingeräumt ist. Vgl. Kisch S. 970. S. auch Oertmann S. 636, Kloß S. 327, 329.

13) Vgl. Baumeister II S. 251; Niemeyer S. 545.

durfte es hierbei nicht.[14] Demnach können die Anstalten alle Rechte der Pflichtteilsberechtigten geltend machen, insbesondere an Dritte verschenkte Gegenstände zurückfordern (§ 2325 B.G.B.).

2. Die Anstalten treten als Erben des Verstorbenen auf. Sie unterliegen den allgemeinen Vorschriften, denen der Erbe unterworfen ist.[15] Auch wenn die Anstalt, wie z. B. der Armenverband, dem Staate eingegliedert ist, hat sie nicht etwa die Stellung, welche der Fiskus nach § 1936 B.G.B. als Erbe hat.[16] Vielmehr können die Anstalten die Erbschaft ausschlagen, soweit dies nicht durch verwaltungsrechtliche Vorschriften untersagt ist. Sie haften auch für die Nachlaßverbindlichkeiten, müssen unter Umständen ein Inventar errichten und die Nachlaßverwaltung und den Nachlaßkonkurs erwirken, wenn sie sich von ihrer Haftung freimachen wollen.

§ 144. Die Errichtung und Aufhebung von Testamenten.

I. Die Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung bestimmt sich hinsichtlich der Form ihrer Errichtung nach den Vorschriften desjenigen Rechtes, unter welchem die Verfügung errichtet worden ist (Art. 214 Abs. 1 E.G. z. B.G.B.). Eine unter altem Recht errichtete Verfügung ist nur dann gültig, wenn sie den Formen entspricht, welche das alte Recht aufstellte, sie wird nicht etwa dadurch gültig, daß sie den Vorschriften des neuen Rechts über die Testamentserrichtung entspricht.

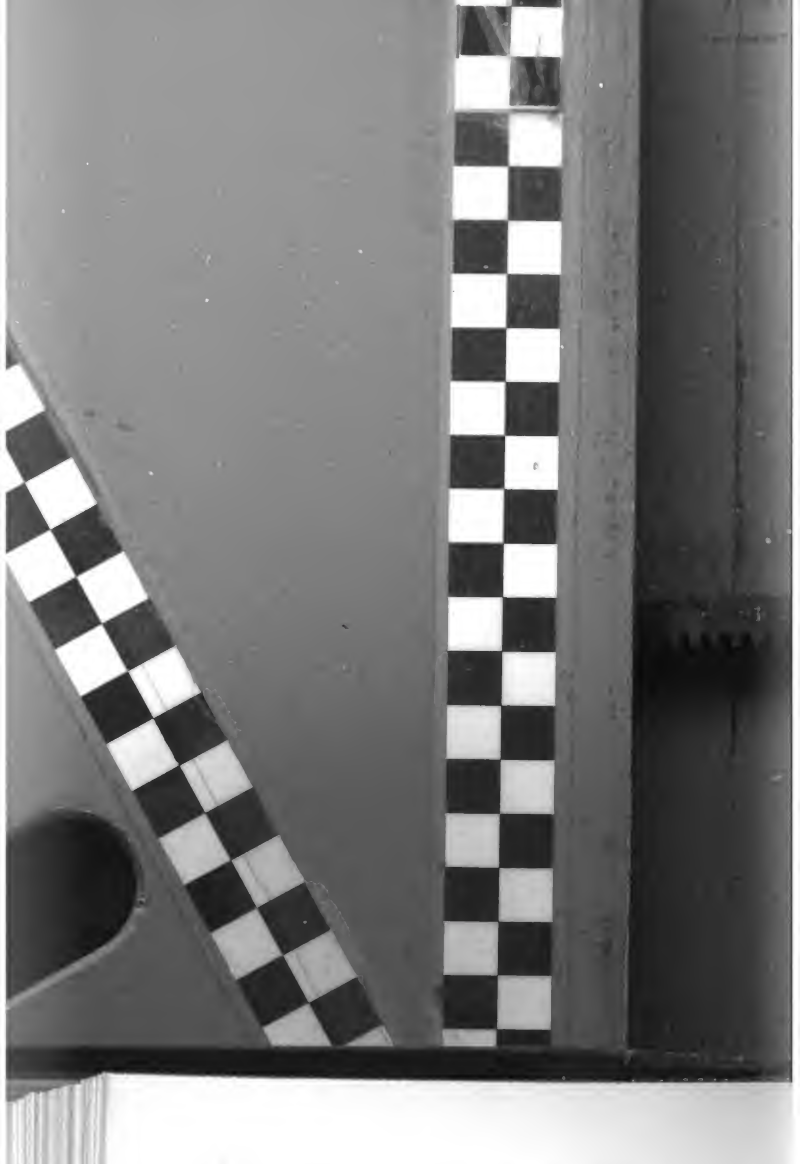
1. Das alte Recht kannte verschiedene Formen der Testamentserrichtung.

---

14) A. M. O.L.G. in Beibl. 1904 Nr. 19. Es handelt sich darum, in welcher Weise sich das alte Erbrecht der betr. Anstalten in das neue Recht einordnet. Wenn es nach altem Recht, wie es tatsächlich der Fall war, unentziehbar war, fällt es eben unter den Begriff des Pflichtteilsrechts. Nicht der Umstand, daß das Recht „ausschließlich“ ist, d. h. die übrigen Erbberechtigten ausschließt, macht es zum Pflichtteilsrecht, sondern die Tatsache, daß es früher „unentziehbar“ war und durch Verfügungen unter Lebenden und von Todes wegen nicht beeinträchtigt werden konnte. — Daß der Pflichtteil sich hier auf den ganzen Nachlaß erstreckt, ist nach Art. 139 E.G. z. B.G.B. zulässig.

15) In dieser Beziehung kommt heute das neue Recht zur Anwendung, sofern es sich um Schulden handelt, die unter neuem Recht entstanden sind, auch wenn nach altem Recht die betr. juristische Person für die Nachlaßschulden gar nicht, oder nur bis zum Belaufe des Nachlasses haftete, wie dies in Beibl. 1895 Nr. 131 für das alte Recht behauptet worden ist. Denn die Erbenhaftung bestimmt sich nach neuem Recht, wenn der Erbfall unter diesem eingetreten und die Schuld unter ihm entstanden ist.

16) Insbesondere kommen die §§ 1942 Abs. 2 B.G.B. und 2011 B.G.B. nicht zur Anwendung.



a) Das Testament konnte in der gemeinrechtlichen[1] Fo des schriftlichen[2] Privattestaments errichtet werden, zwar entweder in Gegenwart von sieben fähigen Zeugen oder von z Notaren,[3] von welchen es zu unterzeichnen war.

b) Ein gültiges Testament konnte dadurch errichtet werden, daß Testator seine schriftliche letztwillige Verfügung, die an irgend e Form nicht gebunden war, versiegelt dem Erbschaftsam in Gegenwart von zwei Beamten desselben[4] mit der Erklärung üb reichte, daß er die von ihm übergebene letztwillige Verfügung lesen habe.[5]

In dem Bezirk der Landherrnschaft Bergedorf war zur E gegennahme des Testaments neben dem Erbschaftsamte der Bürg meister von Bergedorf zuständig, der ein Magistratsmitglied zuzuzieh und das Testament unverzüglich an das Erbschaftsamt zu übersend hatte.[6] In dem Amte Ritzebüttel hatte der Amtsverwalter, oder dessen Behinderung der Amtsrichter oder dessen Gerichtsschreiber Testamente entgegenzunehmen.[7]

c) Das Testament eines Blinden mußte in der erschwert Form des gemeinen Rechts errichtet werden, und zwar mußte außer de sieben Zeugen ein Notar oder ein achter Zeuge hinzugezogen und mußte

1) Art. 3 Stat. III 1 bestimmte dies ausdrücklich. Die hier nicht e wähnten Formen des erleichterten gemeinrechtlichen Testaments gelten i Hamburg ebenfalls, doch haben sie keine praktische Bedeutung gehabt un kommen daher für das jetzige Recht nicht mehr in Betracht. Das gerichtlich Testament des gemeinen Rechts bestand in Hamburg nicht (abgesehen von de Falle unter f).

2) Das mündliche Testament kam schon zu Baumeisters Zeit nich mehr vor (II S. 260).

3) Durch das Gesetz vom 11. September 1871 betr. den Wegfall de Erfordernisses der Solennitätszeugen wurde bestimmt, daß statt der Hinzu ziehung der 7 Zeugen diejenige von zwei Notaren genüge, in deren Gegen wart das Testament zu unterzeichnen sei. Dies Gesetz wurde durch § 44 der Revidierten Notariatsordnung v. 29. Juni 1883 wieder aufgehoben, welche aber im § 28 (Wulff 1. Aufl. I S. 349) ähnliche Vorschriften aufstellte. Vgl Niemeyer S. 553 f. Bez. der Testamente solcher Personen, welche des Schreibens oder Lesens nicht fähig sind, vgl. § 28 Abs. 3 der Rev. Notariats- ordn. und Beibl. 1905 Nr. 118.

4) Diese Beamten brauchten nicht notwendig Aktuare des Erbschafts- amtes zu sein oder Aktuareigenschaft zu haben (Beibl. 1900 Nr. 1).

5) Vgl. § 4 Ges. betr. die Behandlung von Verlassenschaften v. 21. Dez. 1868 (Wulff 1. Aufl. II S. 321); Niemeyer S. 554.

6) Vgl. § 21 Ges. v. 30. Dez. 1872 betr. Einführung Hamburg. Organi- sationen und Gesetze in Amt und Städtchen Bergedorf (Wulff 1. Aufl. II S. 426).

7) Vgl. Ges. v. 27. Sept. 1871.

die Zeugen und der Notar mit dem Inhalt des letzten Willens bekannt gemacht werden.[8]

d) Letztwillige Verfügungen ad pias causas bedurften zu ihrer Gültigkeit keiner bestimmten Form. Es genügte, daß die Verfügung irgendwie erweislich war.[9]

e) Die Verfügung der Eltern unter den Kindern konnte gemeinrechtlich ohne Form errichtet werden.[10] In Hamburg wurde aber zur Gültigkeit die notarielle Form gefordert.[11]

f) In Bergedorf konnte ein Testament auch in der gemeinrechtlichen Form des gerichtlichen Testaments zustande kommen.[12]

g) Kodizille konnten selbständig entweder in der gemeinrechtlichen Form, Errichtung vor fünf Zeugen, oder in der Testamentsform errichtet werden.[13] Der Testator konnte sich auch im Testamente selbst die Form für die Nachträge zum Testament vorschreiben oder sich formlose Nachzettel vorbehalten und war es dann bloß erforderlich, daß die Nachzettel in solcher Weise abgefaßt waren, wie es im Testament vorgesehen war. Solche Nachträge konnten das Testament nicht nur ergänzen, sondern auch nach Belieben verändern oder aufheben.[14]

2. Die Vorschriften über die Form, in welcher Testamente seit dem 1. Januar 1900 errichtet werden müssen, sind fast ausschließlich im Reichsrecht enthalten. Dem Landesrecht ist nur ein geringer Spielraum gelassen.

---

8) Vgl. Windscheid, Pand. III § 543; Baumeister II S. 260; Trummer II S. 350; Niemeyer S. 556. Über die Streitfrage, ob diese gemeinrechtliche Erschwerung des Blindentestaments für Hamburg beseitigt war, vgl. die Ausführungen dieser Schriftsteller.

9) Vgl. Baumeister II S. 262; Niemeyer S. 557.

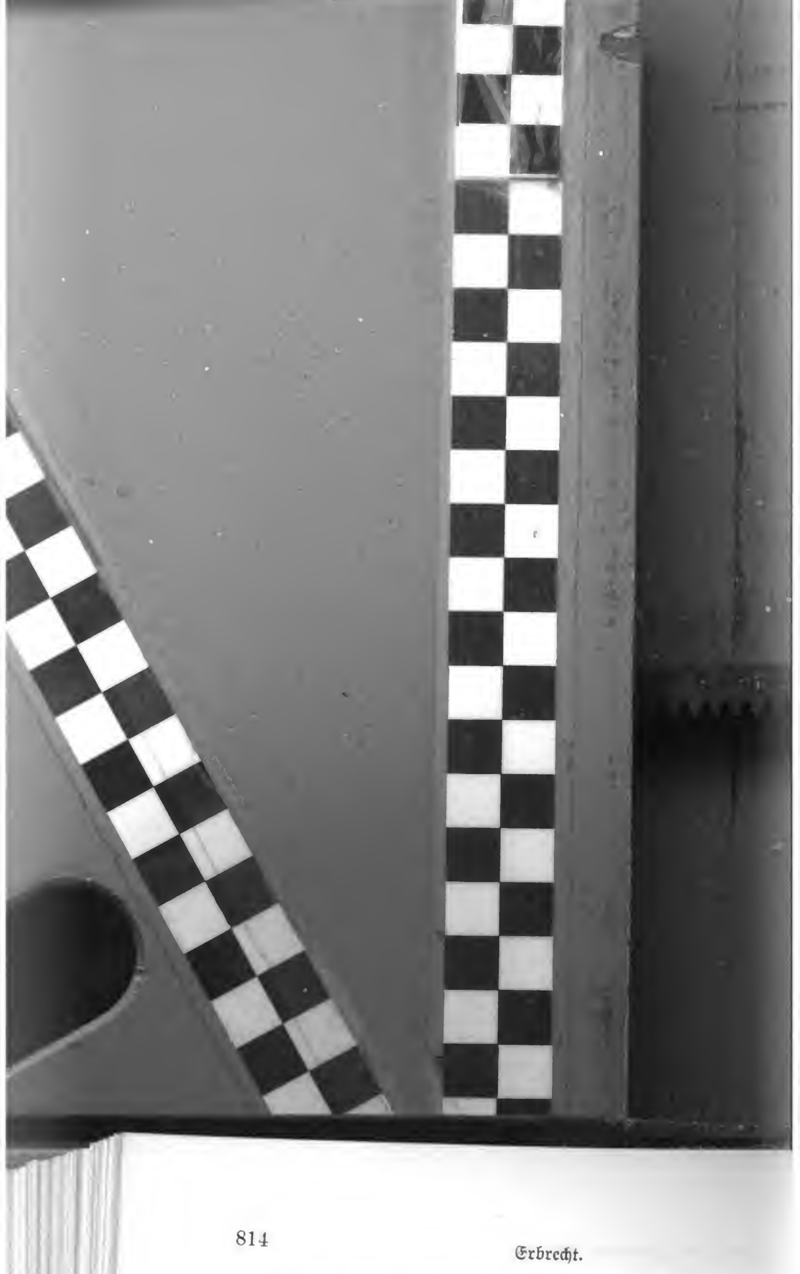
10) Vgl. Windscheid, Pand. III § 544 Nr. 4.

11) Vgl. Trummer II S. 602; Baumeister II S. 263; Niemeyer S. 557, welcher es dahingestellt läßt, welche Form für diese Verfügung erforderlich ist, aber bemerkt, daß in der Praxis nichtnotariell errichtete Testamente der Eltern zugunsten der Kinder kaum jemals vorzukommen schienen.

12) Vgl. Niemeyer S. 553; Beibl. 1874 Nr. 91, 1875 Nr. 21.

13) Vgl. Baumeister II S. 264; Gries II S. 225; Wulff 1. Aufl. II S. 182 Anm. 6; Niemeyer S. 558.

14) Vgl. Baumeister II S. 265; Trummer II S. 494; Gries II S. 132; Wulff 1. Aufl. II S. 158, 181 Anm. 1; Niemeyer S. 559; Beibl. 1887 Nr. 164, 1892 Nr. 15, 55; 1896 Nr. 64; 1907 Nr. 54. Ob das Testament in Hamburg errichtet worden war, war gleichgültig; es genügte, daß die Gültigkeit des Nachtrags dem Hamburgischen Recht unterstand und der Nachtrag in Hamburg errichtet worden war.



Nach § 2231 Ziff. 1 B.G.B. kann ein Testament in ordent[illegible] Form vor einem Richter oder Notar errichtet werden. Auf Grun[illegible] Art. 141 E.G. z. B.G.B. sind die Notare in Hamburg für di[illegible] richtung von Testamenten ausschließlich für zuständi[illegible] klärt worden (§ 9 Hamb. F.G.G.).

Die Vorschriften des B.G.B. über die Errichtung notar[illegible] Testamente werden durch die Hamburgischen Vorschriften über die [illegible] nahme notarieller Urkunden ergänzt (s. § 32). Ein Verstoß gegen [illegible] landesgesetzliche Vorschrift ist jedoch ohne Einfluß auf die Gültigkeit [illegible] Testaments (Art. 151 E.G. z. B.G.B.).

3. Aufhebung und Abänderung unter altem Recht [illegible] richteter Testamente erfolgte vor dem 1. Januar 1900 nach den For[illegible] des alten Rechts,[15] d. h. in der Regel durch Errichtung eines neuen, [illegible] dem alten im Widerspruch stehenden Testaments. Seit dem Inkrafttr[illegible] des neuen Rechts kann aber ein Testament nur nach den neuen [illegible] schriften abgeändert oder aufgehoben werden. Dies hat namentlich [illegible] die in alten Testamenten vorbehaltenen Kodizille Bedeutung. Für [illegible] Gültigkeit eines solchen nach dem 1. Januar 1900 errichteten Kodiz[illegible] ist es gleichgültig, ob es der von dem Erblasser angegebenen Form [illegible] spricht, vielmehr kommt es lediglich darauf an, ob es der im B.G.B. v[illegible] geschriebenen Form, regelmäßig derjenigen des eigenhändigen Testame[illegible] (§ 2231 Ziff. 2) entspricht. Die von dem Erblasser früher vor[illegible] schriebenen Bedingungen für die Gültigkeit des Kodizills, z. B. öffentli[illegible] Beglaubigung der Unterschrift, Anheftung der Nachträge an das Te[illegible] ment, auf deren Beobachtung früher genau geachtet wurde, sind ohne [illegible] deutung, falls das Kodizill unter neuem Recht errichtet wird.

II. Bez. der Erbverträge und gemeinschaftliche[illegible] Testamente bestimmt Art. 214 E.G. z. B.G.B., daß für die Bi[illegible] dung des Erblassers das alte Recht erhalten geblieben ist, falls der Er[illegible] vertrag oder das Testament unter altem Recht errichtet worden sin[illegible] Danach bestimmt sich die Frage, ob und wie der Erblasser einen solche[illegible] Erbvertrag oder ein gemeinschaftliches Testament umstoßen kann, na[illegible] dem alten Recht.[16]

1. Erbverträge waren unter altem Recht nur gültig in de[illegible] Form der Ehezärter und Einkindschaftsverträge, sowie als Erbverzichte.[17]

15) Vgl. Baumeister II S. 353 ff.; Niemeyer S. 605.
16) Vgl. hierzu den Fall Beibl. 1906 Nr. 211.
17) Vgl. Baumeister II S. 366 ff.; Niemeyer S. 608 ff. Gries II S. 33.

Hierüber ist bereits oben (s. § 126) bei der Behandlung des ehelichen Güterrechts das Erforderliche gesagt worden, ebenso betr. der gemeinschaftlichen Testamente, welche schon im alten Recht meist nur unter Ehegatten vorkamen, aber an sich nach dem subsidiär geltenden gemeinen Recht auch bei andern testamentsfähigen Personen zulässig waren.[18]

Gemeinschaftliche Testamente bedurften der testamentarischen Form, Ehezärter und Einkindschaftsverträge mußten schriftlich errichtet werden, der Erbverzicht bedurfte überhaupt keiner Form.[19]

2. Erbverträge, Verträge über die Aufhebung eines Erbvertrags, Erbverzichtsverträge bedürfen nach dem B.G.B.[20] der gerichtlichen oder notariellen Form. Für Hamburg ist auch hier die notarielle Form die ausschließlich zulässige (§ 9 Hamb. F.G.G.).

Gemeinschaftliche Testamente sind in derselben Form wie die einseitigen Testamente zu errichten.

III. Die Verwahrung der Testamente richtet sich teils nach Reichs-, teils nach Landesrecht.

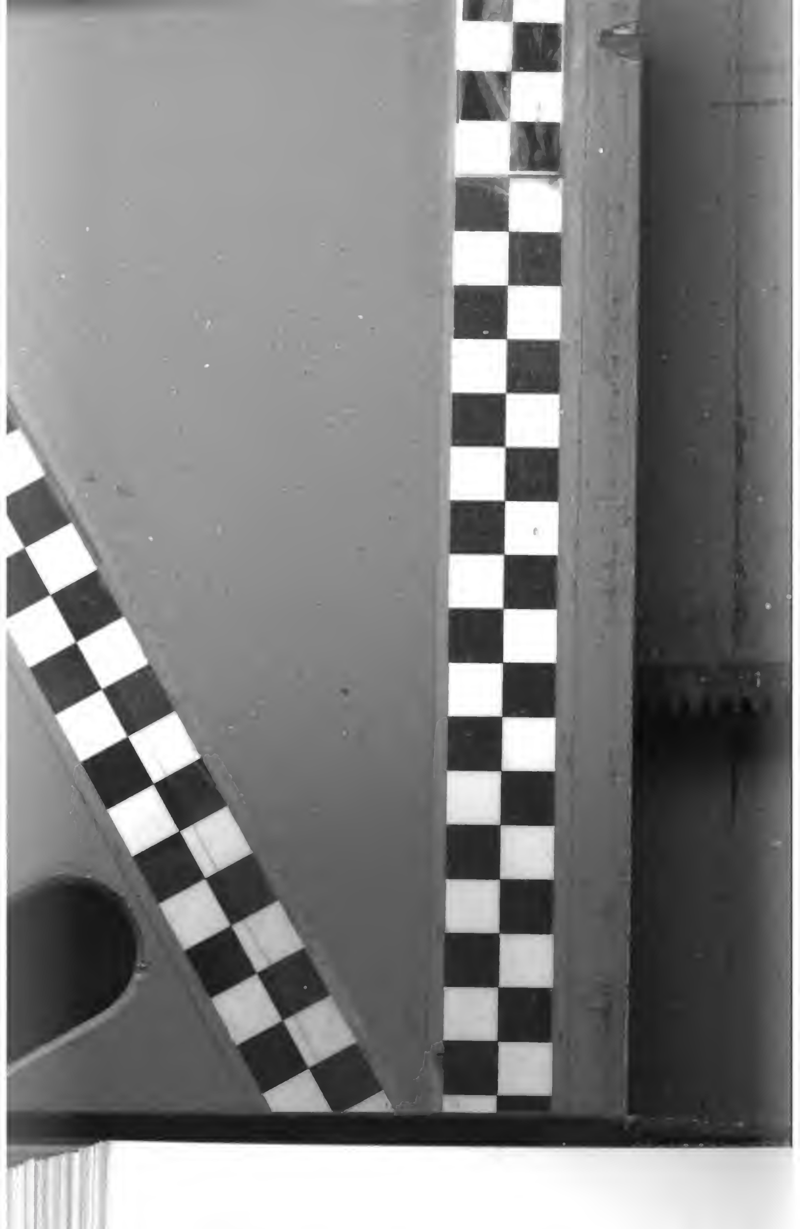
1. Für die alten Testamente war die amtliche Verwahrung nicht allgemein vorgeschrieben.

a) In amtlicher Verwahrung wurden diejenigen Testamente gehalten, welche vor dem Erbschaftsamte und dem Amtsverwalter in Ritzebüttel errichtet oder dem Bürgermeister von Bergedorf zur Übersendung an das Erbschaftsamt übergeben worden waren. Diese Testamente sind mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts an die Amtsgerichte abgegeben worden, und zwar die in Verwahrung des Erbschaftsamts befindlichen an das Amtsgericht Hamburg, abgesehen von denjenigen, bei welchen der Erblasser zur Zeit der Einreichung oder soweit sie bereits eröffnet waren, zur Zeit seines Todes seinen Wohnsitz im Bezirke des Amtsgerichts Bergedorf hatte. Letztere sind an das Amtsgericht Bergedorf abgegeben worden. Die in Ritzebüttel befindlichen Testamente sind an das Amtsgericht Ritzebüttel übergegangen (§ 94 A.G. z. B.G.B.).

b) Für die übrigen Testamente fehlte es an einer amtlichen Verwahrung. Doch konnten sie jederzeit unter Beobachtung der erforderlichen Formen dem Erbschaftsamt übergeben und dadurch in amtliche Verwahrung gebracht werden.

---

18) Vgl. Niemeyer S. 424.
19) Vgl. Niemeyer S. 610.
20) Vgl. §§ 2276, 2290, 2348 B.G.B.



Soweit alte Testamente sich am 1. Januar 1900 noch im Pri besitz befanden, fehlt es an der Möglichkeit einer amtlichen Verwahr derselben.[21] Will der Testator eine amtliche Verwahrung erlangen, muß er ein neues Testament errichten.

c) Eine amtliche Verwahrung von Erbverträgen, son solche überhaupt zulässig waren, kannte das alte Recht nicht.

2. Die Verwahrung der neuen Testamente und Er verträge ist durch das Reichsrecht geregelt und gibt dem Landesre nur zu wenig ergänzenden Vorschriften Anlaß.

a) Das vor einem Notar oder — in Notfällen — vor d Gemeindevorsteher errichtete Testament soll in sondere amtliche Verwahrung gebracht werden.[22] Die Bestimmung Behörde, welche die Testamente in Verwahrung zu nehmen hat, ist Landesgesetzgebung überlassen.[23] In Hamburg ist für die Verwahru das Amtsgericht für zuständig erklärt worden, in dessen Bezirk d Testament errichtet worden ist (§ 28 Abs. 1 Hamb. F.G.G.). Die ständigkeit der Notare zur Verwahrung von Testamenten ist aus schlossen.[24]

b) Ein eigenhändiges Testament ist auf Verlangen d Erblassers in amtliche Verwahrung zu nehmen (§ 2248 B.G.B.). Au hier hat die Landesgesetzgebung die Behörde zu bestimmen, welche d Verwahrung vorzunehmen hat. In Hamburg können eigenhändi Testamente bei jedem Amtsgericht hinterlegt werden (§ 28 Abs. 2 Ham

---

21) § 94 A.G. z. B.G.B. bezieht sich nur auf die am 1. Januar 19 bereits in amtlicher Verwahrung befindlichen Testamente, § 28 Hamb. F.G. nur auf die neuen Testamente.

22) Vgl. §§ 2246, 2249, 2250 B.G.B.

23) Mit Unrecht bestreitet Dr. M. Cohen in Beibl. 1900 Nr. 19 d Zulässigkeit dieser Regelung. Die Zulässigkeit beruht auf § 200 F.G.G welcher Anwendung zu finden hat, da die Bestimmung über die für die Ve wahrung zuständige Behörde an sich in dem F.G.G. hätte erfolgen müsse mithin, da sie dort nicht erfolgt ist, eine Ergänzung durch die Landesgese gebung notwendig war. In gleicher Weise wie hier ist übrigens dieser Fa auch in Preußen geregelt (A.G. z. B.G.B. Art. 81). S. auch Wulff II S. 230 Anm. 11.

24) Wenn auch die Vorschrift des § 2246 Abs. 1 B.G.B. nur eine „Soll" vorschrift ist, mithin ihre Nichtbeobachtung nicht die Nichtigkeit des Testament zur Folge hat, so kann doch nicht etwa der Erblasser anordnen, daß da Testament nicht dem Amtsgericht zu übergeben sei (vgl. Deutsche Jur.-Ztg 1900 S. 500 und 522). Vielmehr hat der Notar das Testament unverzüglic dem Amtsgericht zu übergeben. Dabei darf er sich der Post bediene (Planck V § 2246 Anm. 6). — Über die Gerichtskosten für die Annahm eines Testaments in amtliche Verwahrung vgl. § 54 Hamb. Gerichtskostenge

F.G.G.). Die örtliche Zuständigkeit ist also nicht so beschränkt wie bei der Hinterlegung des notariellen Testaments.

c) Erbverträge sind nur dann in besondere amtliche Verwahrung zu nehmen, wenn die Parteien nicht das Gegenteil verlangen[25] (§ 2277 B.G.B.). Die Verwahrungsstelle bestimmt sich hier ebenso wie beim notariellen Testament (§ 28 Abs. 1 Hamb. F.G.G.).

IV. Die Rücknahme der in Verwahrung genommenen Testamente und die Wirkung der Rücknahme richtet sich auch bei alten Testamenten grundsätzlich nach dem neuen Recht. Die Rückgabe kann von dem Erblasser jederzeit verlangt werden.

1. Wird ein vor einem Notar oder Gemeindevorsteher unter neuem Recht errichtetes Testament aus der Verwahrung genommen, so gilt es als widerrufen (§ 2256 Abs. 1 B.G.B.). Eine Herausnahme des Testaments zum Zweck der Übergabe an ein anderes Gericht kennt das Hamburger Recht nicht.

2. Wird ein unter neuem Recht errichtetes eigenhändiges Testament aus der Verwahrung zurückgenommen, so hat dies auf die Gültigkeit des Testaments keinen Einfluß (§ 2256 Abs. 3 B.G.B.).

3. Fraglich kann es sein, wie es sich mit der Wirkung der Rücknahme alter Testamente verhält, da sich unter diesen auch eigenhändige befinden und letztere nach neuem Recht durch die Rücknahme nicht als widerrufen gelten. Anzunehmen ist, daß sämtliche unter altem Recht hinterlegte Testamente als widerrufen gelten, wenn sie zurückgenommen werden. Der Grundsatz des neuen Rechts ist, daß diese Wirkung eintritt, soweit ein Zwang zur Hinterlegung besteht. Das unter altem Recht dem Erbschaftsamt übergebene Testament wurde aber erst durch diese Übergabe und Annahme wirksam, namentlich wenn es ein eigenhändiges Testament war, und es verlor seine Wirkung ebenfalls mit der Rücknahme. Daher muß bei diesen Testamenten auch unter neuem Recht der Verbleib in der amtlichen Verwahrung die Voraussetzung für die Gültigkeit des Testaments bilden.

---

25) Ein von einem Notar errichteter nicht in amtliche Verwahrung gegebener Erbvertrag, welcher zur Publikation dem Nachlaßgericht übergeben ist, ist dem Notar zurückzugeben und nicht beim Nachlaßgericht zu behalten. Dies ist eine Frage des Landesrechts, die für Hamburg durch § 28 des Ges. betr. das Notariat entschieden wird, da hiernach die Urschrift des notariellen Protokolls über die Beurkundung eines Rechtsgeschäfts grundsätzlich in der Verwahrung des Notars verbleibt. Vgl. Entsch. des R.G. 53 S. 390; Amtsger. Samml. 1903 S. 111.



4. Wird ein Erbvertrag aus der Verwahrung zurückgenom[illegible] hat dies auf die Gültigkeit des Vertrages keinen Einfluß.[26] Rückgabe kann nur an beide Parteien gemeinschaftlich erfolgen.

V. Auch die Publikation der Testamente richtet sich je[illegible] neuem Recht.

Das Verfahren bei der Eröffnung der Testamente ist dur[illegible] B.G.B.[27] und das F.G.G.[28] geregelt. Landesgesetzlich ist nu[illegible] geschrieben, daß von den eröffneten Testamenten dem Erbsch[illegible] steueramt,[29] in Ritzebüttel dem Amtsverwalter von Amts[illegible] beglaubigte Abschriften zu erteilen sind (§ 80 A.G. z. B.G.B.).[30] ist auch auf Erbverträge anzuwenden.

§ 145. Die älteren Nachlässe.

Nach Art. 213 E.G. z. B.G.B. bleibt für die erbrechtlichen [illegible] hältnisse der vor dem 1. Januar 1900 verstorbenen Personen im [illegible] Umfange das bisherige Recht maßgebend. Es handelt sich dabei [illegible] Regel um einen Übergangszustand von verhältnismäßig kurzer [illegible] Anders liegt es bei den Testamentsverwaltungen, [illegible] in Hamburg seit alter Zeit üblich sind und oft sehr lange Zeit d[illegible] Mit Rücksicht hierauf sind für die unter der Verwaltung [illegible] Testamentsvollstreckern befindlichen Nachlässe gewisse Ausführ[illegible] vorschriften getroffen worden, welche noch für lange hinaus Bede[illegible] behalten werden, während im übrigen die Vorschriften des alten R[illegible] für die älteren Nachlässe aufrechterhalten worden sind.[1]

26) Vgl. Planck V § 2277 Anm. 5.

27) Vgl. §§ 2260—2263.

28) Vgl. §§ 72, 73.

29) Das Erbschaftsamt, welches früher den wesentlichsten Teil [illegible] Nachlaßangelegenheiten zu besorgen hatte, fungiert bez. des Nachlasses [illegible] nach dem 1. Januar 1900 verstorbenen Personen nur noch als Erbsch[illegible] steuerbehörde und heißt jetzt Erbschaftssteueramt. Falls es ganz aufgeh[illegible] wird, ist nach § 80 A.G. z. B.G.B. der an seine Stelle tretenden St[illegible] behörde eine Abschrift der Testamente zu übersenden.

30) § 93 A.G. z. B.G.B. enthält noch einige Übergangsvorschriften [illegible] die Publikation von Testamenten vor 1900 verstorbener Personen, w[illegible] ihre praktische Bedeutung heute verloren haben. Sie übertragen diese P[illegible] kation, soweit sie noch nicht vor dem Inkrafttreten des B.G.B. erfolgt [illegible] dem Amtsgericht. Nach § 95 A.G. z. B.G.B. ist entsprechend dem §2[illegible] B.G.B. auch bei eröffneten alten Testamenten jedem, der ein rechtliches In[illegible] esse glaubhaft macht, Einsicht in das Testament zu gewähren und eine [illegible] glaubigte Abschrift zu erteilen. Nach früherem Recht war die Glaubh[illegible] machung eines rechtlichen Interesses nicht erforderlich.

1) Durch die Vorschriften der §§ 82—95 des A.G. z. B.G.B. sind [illegible] die Rechtsverhältnisse bez. der älteren Nachlässe dem neuen Recht stark [illegible] genähert worden. S. im übrigen Anm. 18.

I. Das „Testament" als Rechtssubjekt.

1. Seit langer Zeit ist es in Hamburg üblich gewesen, daß unter dem Namen eines Testaments Rechte erworben und Verpflichtungen eingegangen wurden. Insbesondere wurden unter diesem Namen Kapitalien belegt und dingliche Rechte im Grundbuch eingetragen. Es bildete sich die Rechtsüberzeugung, daß, wenn nach der letztwilligen Verfügung des Erblassers der Nachlaß ganz oder teilweise belegt und von Testamentsvollstreckern verwaltet werden sollte, der Nachlaß, oder wie man sich ausdrückte, das Testament ein selbständiges Rechtssubjekt bildete, welches durch die Testamentsvollstrecker vertreten wurde. Diese Überzeugung, welche unzweifelhaft schon lange vorher bestand, ist zum ersten Male mit Schärfe zum Ausdruck gekommen in einem Urteile des O.L.G. vom 17. November 1881.[2] Dann aber folgten rasch mehrere ähnliche Entscheidungen.[3] Diese Ansicht ist in der Literatur, namentlich in einer klar und scharf geschriebenen Monographie von Ritter,[4] aus historischen und dogmatischen Gesichtspunkten bekämpft worden. Ritter ist der Ansicht, daß die Belegung auf Namen des Testaments ursprünglich die Bedeutung der Gründung oder Ausstattung einer Stiftung gehabt habe, daß sie dies auch heute noch hie und da bedeute, daß sie auch eine hereditas jacens betreffen könne. In diesen Fällen sei der Nachlaß als selbständiges Rechtssubjekt anzuerkennen. Sonst aber existiere kein besonderes Rechtssubjekt, sondern seien die Testamentsvollstrecker als Träger des betreffenden Rechts anzusehen. Ritter haben sich Wulff[5] und neuerdings Basedow[6] angeschlossen, während Goldfeld,[7] der ebenfalls die Rechtssubjektivität des Testaments bekämpft, die Ansicht vertritt, daß die Testamentserben die Träger des Rechts seien, welche durch die Testamentsvollstrecker als ihre gesetzlichen Vertreter vertreten, zugleich aber in ihrer Dispositionsbefugnis beschränkt würden. Die Praxis hat aber bis zuletzt an dem Standpunkt der Rechtssubjektivität des Testaments festgehalten[8] und

---

2) Vgl. Beibl. 1881 Nr. 90.

3) Vgl. Beibl. 1885 Nr. 40, 141; 1886 Nr. 70; 1887 Nr. 136; 1888 Nr. 95, 110; 1894 Nr. 26; 1897 Nr. 8; 1902 Nr. 37, 55, 73; 1903 Nr. 50; dazu R.G. in Beibl. 1903 Nr. 100. S. auch Amtsger.Samml. 1901 S. 220.

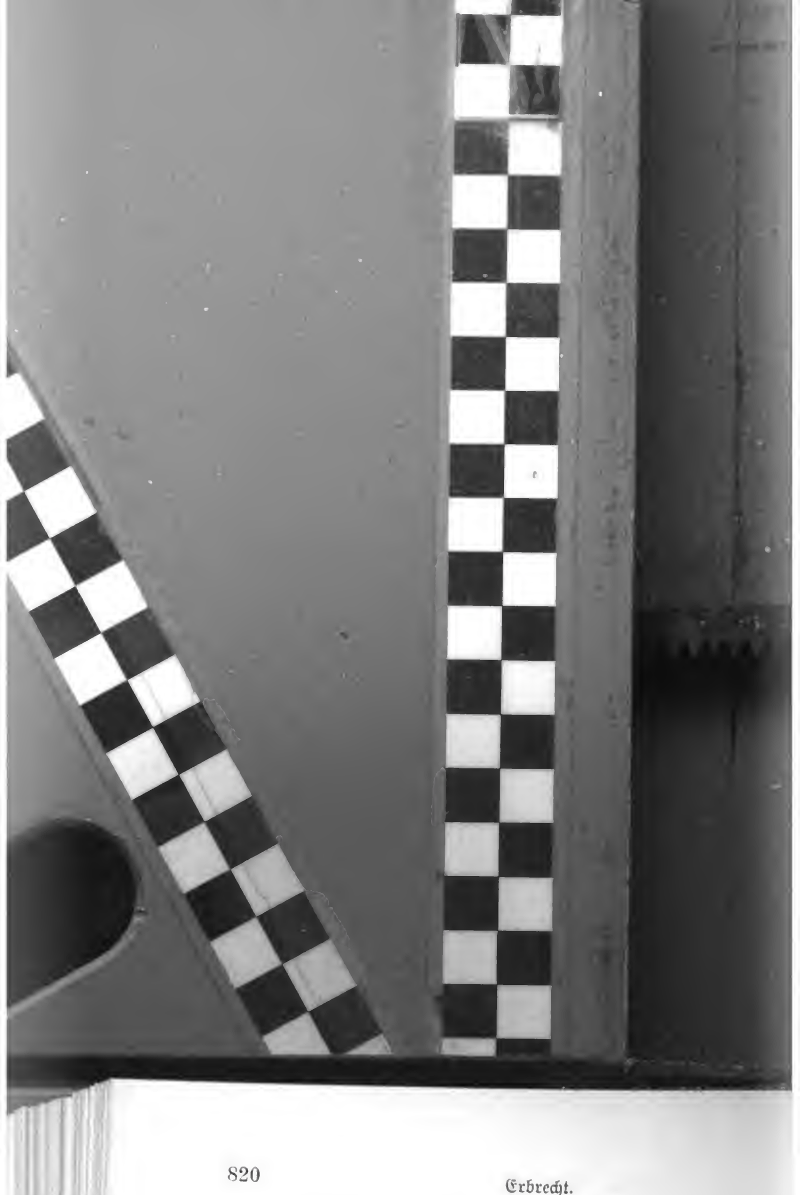
4) Die Rechtssubjektivität des Hamburgischen Testaments und die Zuschreibung auf Testamentsnamen (1888).

5) Vgl. 1. Aufl. II S. 166. Dagegen 2. Aufl. III S. 46 Anm. 3.

6) Vgl. Beil. 2 zur Hans. Ger.-Ztg. 1902, namentlich S. 1, 11, 20.

7) Vgl. Streitfragen aus dem deutschen Erbrecht (1893) S. 61—65.

8) Vgl. die in Anm. 3 angegebenen Entscheidungen.



auch Niemeyer[9] teilt diese Ansicht, wenn er auch zugibt, daß in dem Rechtsinstitut des Hamburgischen Testaments manche Anom zeigten, welche vor der strengen Rechtskonsequenz des römischen Erbr nicht bestehen könnten, aber sich aus dem deutschrechtlichen Ursprung Instituts erklärten. Neuerdings hat das Reichsgericht das Hamburg „Testament" direkt als eine mit juristischer Persönlichkeit ausgesta Familienstiftung bezeichnet.[10] Demnach muß die Ansicht, daß Testament als Rechtssubjekt anzusehen ist, als die herrschende bezeic werden.

2. Die erste gesetzliche Bestimmung über die rechtlich s ständige Behandlung des Nachlasses ist im § 90 A.G. z. B.G.B. getro worden. Nach demselben kann bei älteren Nachlässen, fal derselbe der Verwaltung eines Testamentsvo streckers unterliegt, der Erwerb von Rechten u die Eingehung von Verbindlichkeiten unter d Namen des Testaments erfolgen. Dies sollte für Zukunft klargestellt werden, da das neue Recht ein solches Rechtsverhä nis nicht kennt und eine Anzweiflung der Rechtsgültigkeit der auf Gr dieses Rechtsverhältnisses erfolgenden Rechtshandlungen verhind werden sollte.[11]

3. Diese Bestimmung steht mit dem Reichsrecht nicht im Wid spruch, wenn auch ein solcher Erwerb von Rechten auf den Namen d Testaments nicht zulässig ist, falls der Erblasser nach dem 1. Januar 19 stirbt. Denn es handelt sich hier um ein erbrechtliches Verhältnis d alten Rechts, für welches die alten Gesetze maßgebend geblieben sind u auch künftig durch Landesgesetz geändert werden können (Art. 213, 21 E.G. z. B.G.B.).[12] Die Bestimmung ist auch für nichtham burgische Behörden, insbesondere Grundbuchämter, ma gebend.[13] Sie bezieht sich aber nur auf Hamburgische Nachläss Denn die Vorschriften des A.G. z. B.G.B. über die älteren Nachläss

9) Vgl. S. 572 ff.

10) Vgl. Entsch. 61 S. 34 f.

11) Über die Gründe dieser Vorschrift vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg 1899 S. 62 f.

12) So auch Wulff III S. 46 Anm. 3, wo allerdings die Zulässigkei auf Art. 214 E.G. z. B.G.B. gestützt wird, der sich bloß auf die formale Erfordernisse der Testamentserrichtung bezieht. A. M. Basedow in Beil. z zur Hans. Ger.-Ztg. 1902 Nr. 2 S. 10. Es handelt sich hier um eine Vor schrift des materiellen Erbrechts, nicht um eine des Grundbuchrechts betr. di Art und Weise der Eintragung des Berechtigten.

13) Vgl. Habicht S. 695 Anm. 2 a. E.

haben nur die Rechtsvorschriften über die älteren Hamburgischen Nachlässe regeln wollen.[14] Bei auswärtigen Nachlässen entscheidet das für diese in Betracht kommende alte Recht.

4. Voraussetzung für die Anwendung dieser Vorschrift ist nicht allein die Bestellung von Testamentsvollstreckern für einen Nachlaß, sondern vor allem auch die Tatsache, daß der Nachlaß ganz oder zum Teil belegt und nicht unter die Erben verteilt worden ist, mag diese Belegung infolge der letztwilligen Verfügung oder von den Testamentsvollstreckern ohne ausdrückliche Anordnung vorgenommen worden sein.[15] Denn nur in diesem Falle erkannte das alte Recht die Rechtssubjektivität des Testaments an und nur in dem bisherigen Umfange will § 90 das alte Recht aufrechterhalten.[16]

5. Die Befugnis der Testamentsvollstrecker bezieht sich auf den Erwerb von Rechten und die Eingehung von Verpflichtungen auf den Namen des Testaments. Wieweit sie dabei gehen können, ergibt sich aus dem Inhalt des Testaments. Ist den Testamentsvollstreckern keine Beschränkung nach dieser Richtung auferlegt, so können sie die für den Nachlaß erworbenen Rechte auch im Grundbuch eintragen lassen und über diese Rechte verfügen. Die aktive und passive Vertretung des Testaments nach außen liegt in den Händen der Testamentsvollstrecker.

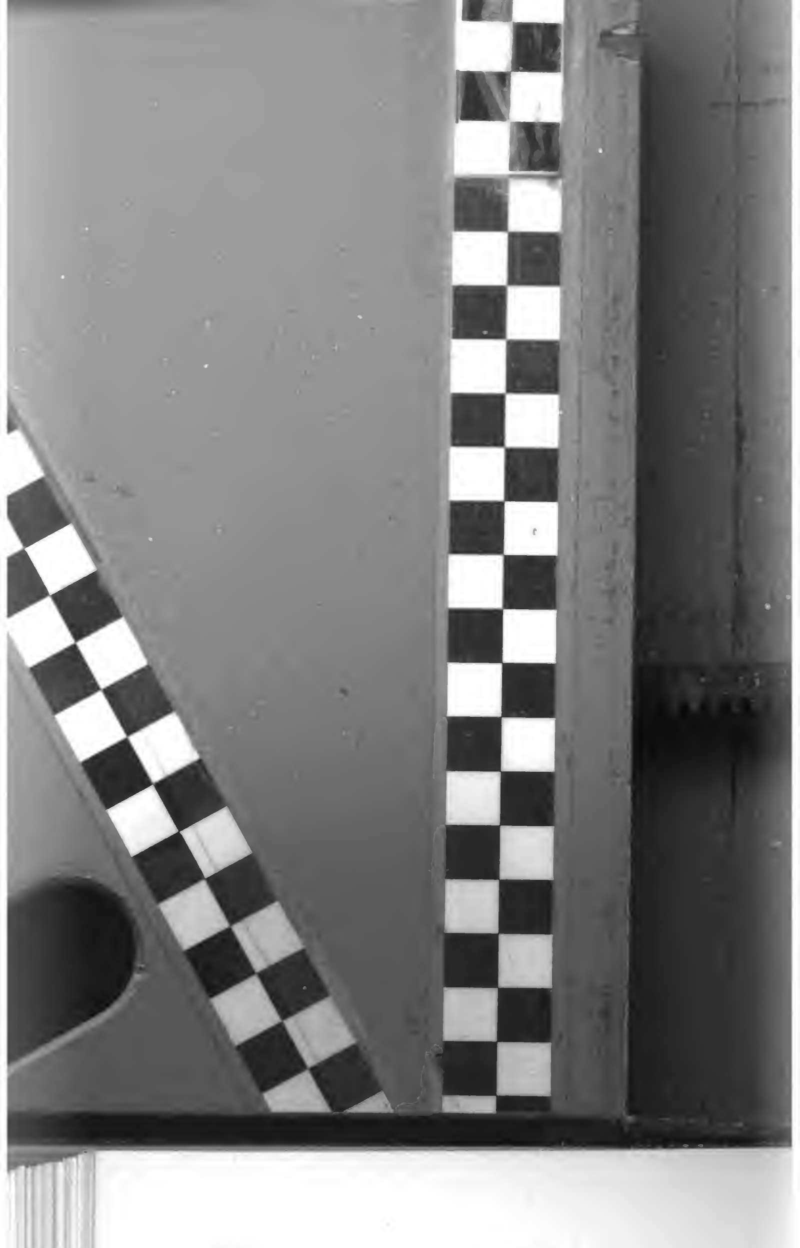
§ 90 A.G. will die Streitfrage über die Rechtssubjektivität des Testaments nicht entscheiden, sondern nur nach Analogie der Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft diejenigen rechtlichen Beziehungen feststellen, in denen das Testament als selbständig behandelt werden kann. Die Frage der Rechtssubjektivität ist hiernach praktisch ohne jede Bedeutung. Denn die juristische Selbständigkeit des Testaments kommt in den wesentlichen Beziehungen klar zum Ausdruck.

6. Über die Rechte, welche die Erben während der selbständigen Behandlung des Nachlasses an demselben haben, entscheidet der Inhalt der letztwilligen Verfügung. Dies kommt namentlich in Betracht für die Frage, wer beim Wegfall eines Erben während der Gebundenheit

14) Vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 62 f.; Amtsger.Samml. 1903 S. 151. A. M. Melchior, Ausführungsgesetze S. 121 Anm. 16 V.

15) In letzterem Falle dauert dies nur so lange, als der Nachlaß belegt ist. Denn die Erben können dann von den Vollstreckern die Aufhebung der Belegung fordern.

16) Vgl. hierüber die Begründung an dem in der vor. Anm. angegebenen Orte, ferner Niemeyer S. 572 und von den in Anm. 3 angeführten Erkenntnissen namentlich die in Beibl. 1902 Nr. 73 und 1903 Nr. 50.



des Nachlasses an dessen Stelle treten soll. Fehlt es hierüber an ei testamentarischen Bestimmung, so treten die Erben der Erstbedach nur dann an die Stelle eines Wegfallenden, wenn deren Rechte nach t Testamente den Charakter gegenwärtiger Erbrechte haben sollen. Ha die Rechte der Erstbedachten diesen Charakter nicht, so können letzt über ihren Anteil am Nachlaß nicht verfügen und können auch ihre Er nicht an ihre Stelle treten. Vielmehr gebührt der Anteil des Nachla alsdann den Erben des ersten Erblassers.[17]

7. Die selbständige Behandlung des Nachlasses dauert solange die selbständige Belegung nach dem Inhalt des Testaments erhal bleiben soll. Solche Testamentsbestimmungen verfügen z. B., daß d Belegung bis zum Tode der ersten, namentlich weiblichen Erben, o bis zur Erreichung eines bestimmten Lebensalters durch die Erben a rechterhalten werden soll. Hört die Belegung auf Testaments Nan auf, so erreicht die rechtliche Selbständigkeit des Nachlasses ihr Ende.

II. Nach dem alten Recht waren die Nachlaßangelegenheiten r schiedenen Behörden, außer den Gerichten namentlich auch dem E schaftsamt, dem Amtsverwalter von Ritzebüttel und der Vormundschaf behörde übertragen. Diese Behörden würden an sich für die Erledigu der die alten Nachlässe betreffenden Fragen zuständig bleiben. T A.G. z. B.G.B. hat aber in weitgehendem Umfange das Amt gericht an die Stelle der übrigen Behörden gesetz Soweit dies geschehen ist, kommen auf das Verfahren vor dem Am gericht die Bestimmungen des F.G.G. Abschn. I zur Anwendung (§ Abs. 1 A.G. z. B.G.B.).[19] Auch einzelne Vorschriften des Abschn. betr. Nachlaß- und Teilungssachen finden Anwendung, wie unten d gelegt werden wird (§ 97 Abs. 2 A.G. z. B.G.B.).[20]

17) Vgl. Niemeyer S. 576.

18) Vgl. Ges. betr. die Behandlung von Verlassenschaften v. 21. 1868 (Wulff III S. 248), § 3 Ges. betr. die nichtstreitige Gerichtsbarkeit 25. Juli 1879 (in der Fassung des § 2 Ges. v. 14. Dez. 1883 [Wulff 1. Aufl. S. 376]), §§ 8 ff. A.G. z. K.O. v. 25. Juli 1879 (Wulff 1. Aufl. II S. 34 Durch die Vorschriften der §§ 82—95 A.G. z. B.G.B. wird die Zuständig der Vormundschaftsbehörde auch für die älteren Nachlässe ganz beseitigt, i jenige des Erbschaftsamts auf die Sicherstellung und Verwaltung der älte Nachlässe und auf die Sorge für die Adjudikation des vakanten Gutes jenen Nachlässen an den Fiskus beschränkt (vgl. Wulff III S. 42 Anm. 1 Das Erbschaftsamt hat auch jetzt noch bei alten Nachlässen in denjeni Fällen einzuschreiten, wo nach neuem Recht die Anordnung einer Nachl pflegschaft erforderlich sein würde, letztere kannte das alte Recht nicht (Am ger.Samml. 1903 S. 39).

19) Die oberlandesgerichtlichen Entscheidungen in Beschwerdesachen i nicht anfechtbar.

20) S. Anm. 24, 37, 54, 57, 72.

III. Die Rechtsverhältnisse der Testamentsvollstrecker älterer Nachlässe richten sich grundsätzlich nach dem alten Recht. Durch das A.G. z. B.G.B. sind hierin aber mannigfache Änderungen vorgenommen worden, welche diese Rechtsverhältnisse denjenigen der Testamentsvollstrecker neueren Rechts annähern sollen.

1. Die Ernennung der Testamentsvollstrecker.

a) Über die Personen der Testamentsvollstrecker entscheidet in erster Linie der in einer gültigen letztwilligen Verfügung zum Ausdruck gekommene Wille des Erblassers. Der Erblasser hat nicht nur das Recht, den sofort nach seinem Ableben in Funktion tretenden Testamentsvollstrecker zu ernennen, sondern auch Bestimmungen über diejenige Person zu treffen, welche beim Fortfall eines Testamentsvollstreckers an dessen Stelle treten soll.

Nach dem alten, auch heute noch maßgebenden Recht sind auch die Bestimmungen maßgebend, welche in an sich wegen Formmangels ungültigen, aber von den Erben anerkannten letztwilligen Verfügungen getroffen worden sind.[21]

b) Nach dem neuen Recht hat das Nachlaßgericht nur dann die Befugnis einen Testamentsvollstrecker zu ernennen, wenn der Erblasser im Testament das Nachlaßgericht darum ersucht hat (§ 2200 B.G.B.). Nach dem früheren Recht standen der Vormundschaftsbehörde sehr viel weitergehende Befugnisse in dieser Beziehung zu.[22] Diese Befugnisse sind grundsätzlich für die älteren Nachlässe aufrechterhalten, aber dem Amtsgericht übertragen worden.

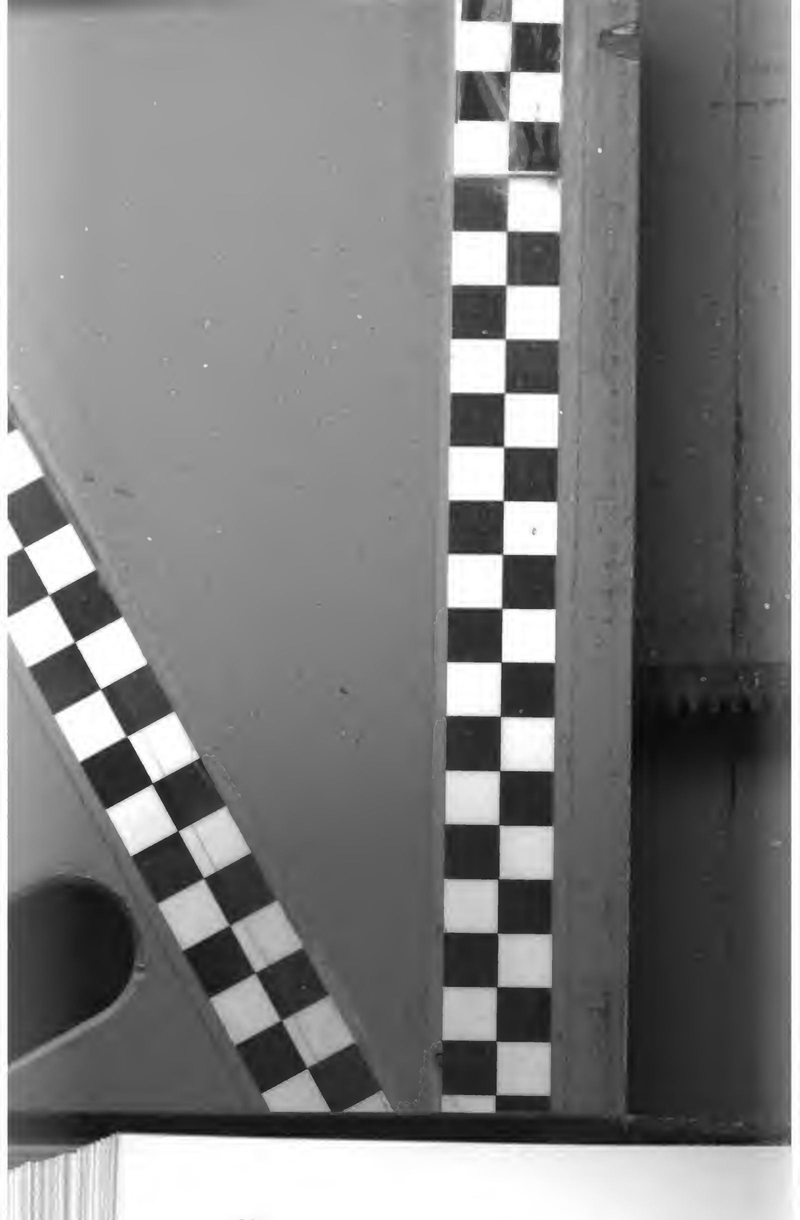
α) Zuständig für die Ernennung der Testamentsvollstrecker ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk sich der Sitz der Nachlaßverwaltung befindet, ohne Rücksicht darauf, ob das Gericht nach § 73 F.G.G. als Nachlaßgericht fungiert (§ 82 Abs. 2 A.G. z. B.G.B.).[23] [24]

---

21) Vgl. Amtsger.Samml. 1905 S. 37.

22) Nach § 3 des Gesetzes betr. die nichtstreitige Gerichtsbarkeit vom 25. Juli 1879 (Wulff 1. Aufl. II S. 376), welcher durch § 99 A.G. z. B.G.B. aufgehoben und durch die Bestimmungen der §§ 82—85 A.G. ersetzt worden ist.

23) Diese Vorschriften können nur zur Anwendung kommen, wenn es sich um einen Nachlaß handelt, welcher nach altem Recht dem Hamburgischen Recht unterstand. Hat der Erblasser zur Zeit seines Todes außerhalb Hamburgs seinen Wohnsitz gehabt, so ist eine Zuständigkeit für die Hamburgischen Gerichte nicht begründet. Abweichend O.L.G. in Amtsger.Samml. 1902 S. 361 und Zentralblatt für freiw. Ger. III S. 497, welches in einem Falle, in dem der Erblasser in Altona gestorben war, die Zuständigkeit des Hamburgischen Gerichts zur Ernennung eines Testamentsvollstreckers darauf gründet, daß schon früher einmal die Hamburger Vormundschaftsbehörde



β) Die Befugnis des Nachlaßgerichts zur Ernennung des [Testa]mentsvollstreckers für ein **gemeinschaftliches Testa[ment]** liegt nur dann vor, wenn beide Ehegatten gestorben sind. Ist nur [einer] der Gatten verstorben, so kann nur für seinen Nachlaß ein Vollst[recker] ernannt werden.[25] Ohne eine diesbezügliche Erklärung des Erbl[assers] kann ferner das Nachlaßgericht für ein solches Testament [einen] Testamentsvollstrecker nicht ernennen, wenn nicht beide Ehegatten [nach] 1900 gestorben sind. Ist der eine Testator vor 1900, der andere [nach] 1900 gestorben, so kann für den ganzen Nachlaß ein Testamentsvollst[recker] nur ernannt werden, wenn die Voraussetzungen des neuen Rechts [vor]liegen.[26]

γ) Die Ernennung der Testamentsvollstrecker erfolgt nur [auf] **Antrag eines Beteiligten.** Beteiligter ist jeder, der an [der] Testamentsvollstreckung ein rechtliches Interesse hat, also in erster L[inie] jeder Erbe, auch ein etwaiger Nacherbe, ein Mitvollstrecker, ein [aus]scheidender Testamentsvollstrecker, Pflichtteilsberechtigter und ein N[ach]laßgläubiger.[27] Vor der Ernennung sollen tunlichst die vorhande[nen] Testamentsvollstrecker sowie die übrigen Beteiligten[28] gehört wer[den].

An den Vorschlag einer bestimmten Person ist das Gericht [nicht ge]bunden, falls nicht besondere Bedenken entgegenstehen (§ 83 a. E. A[.G.] z. B.G.B.).

δ) **Die Ernennung eines Testamentsvollstreckers durch das Gericht** hat beim Vorliegen des Antrags [zu] **erfolgen**[29] in folgenden Fällen:

aa) wenn der Erblasser bei der Anordnung einer Nachlaßverwaltu[ng] durch Testamentsvollstrecker einen bestimmten Vollstrecker nicht ernan[nt]

---

einen Vollstrecker ernannt und das Amtsgericht Altona erklärt hatte, es ha[be] dagegen nichts einzuwenden.

24) Gegen die Ernennung steht jedem Beteiligten die sofortige B[e]schwerde zu (§§ 97 Abs. 2 A.G. z. B.G.B., 20 Abs. 1, 81 F.G.G.).

25) Vgl. Amtsger.Samml. 1902 S. 98.

26) Vgl. Beibl. 1901 Nr. 23; Amtsger.Samml. 1901 S. 221, 19[0…] S. 342.

27) Vgl. **Wulff** III S. 43 Anm. 7. Nicht als Beteiligte gelten d[ie …] gegen die Erben eines verstorbenen Testamentsvollstreckers (Amtsger.Samm[l.] 1902 S. 440).

28) Die Anhörung der Nachlaßgläubiger wird nur in beschränktem Maß[e] tunlich sein; vgl. **Planck** V § 2200 Anm. 2.

29) Soweit nicht die Bestimmungen des Testaments entgegenstehen, z. B. wenn der Erblasser verfügt hat, daß beim Fortfall eines Vollstreckers di[e] übrigen das Amt allein fortführen sollen. Vgl. Amtsger.Samml. 1902 S. 265 1903 S. 391.

hat (§ 83 Ziff. 1 A.G. z. B.G.B.). Hat der Erblasser auch die Zahl der Vollstrecker nicht bestimmt, so kann das Gericht auf Antrag zwei Mitvollstrecker ernennen (§ 84 Abs. 2 A.G. z. B.G.B.);

bb) beim Wegfall eines in der letztwilligen Verfügung ernannten Testamentsvollstreckers durch Tod oder Amtsniederlegung, wenn die Testamentsvollstreckung noch nicht beendet ist und der Erblasser einen Ersatzmann nicht bestimmt hat (§ 83 Ziff. 2, 3 A.G. z. B.G.B.);

cc) bei Entlassung des Testamentsvollstreckers aus wichtigen Gründen (§ 83 Ziff. 4 A.G. z. B.G.B.).

Auch in den Fällen bb und cc kann das Gericht auf Antrag zwei Mitvollstrecker ernennen, wenn der Erblasser nur einen Vollstrecker ernannt hat und dieser fortfällt (§ 84 Abs. 1 A.G. z. B.G.B.); doch ist es hier so wenig wie im Falle aa an den Antrag der Beteiligten gebunden.[30]

ε) Zum Testamentsvollstrecker können alle geschäftsfähigen Personen ohne Rücksicht auf das Geschlecht, auch Testamentserben und Vermächtnisnehmer ernannt werden.[31]

2. Die Ernennung des Testamentsvollstreckers bedarf einer Annahme des Amtes seitens des ernannten Vollstreckers, welche regelmäßig in dessen freien Willen steht und ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen kann.

Hat der Ernannte sich dem Erblasser gegenüber zur Annahme des Amtes verpflichtet, so ist er daran gebunden und macht er sich im Falle der Verzögerung der Annahme oder unberechtigter Ablehnung des Amtes den Erben gegenüber schadensersatzpflichtig.[32]

3. Die Rechtsstellung und Funktionen des Testamentsvollstreckers bestimmen sich nach dem alten Recht.[33]

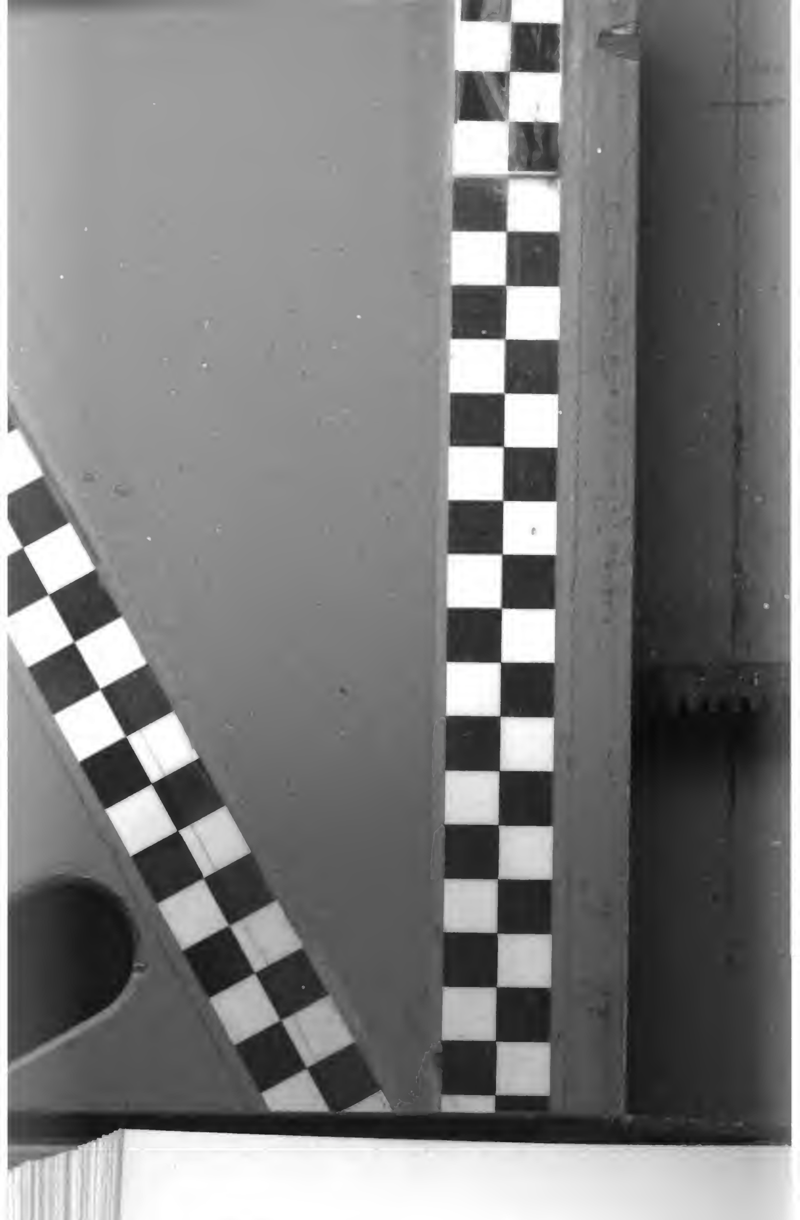
a) Im früheren Recht wurde über die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers ebenso gestritten, wie dies heute auf Grund der Vorschriften des B.G.B. der Fall ist. Nach dem alten Recht hat der

30) Vgl. Amtsger.Samml. 1903 S. 391.

31) Eine Abweichung zwischen altem und neuem Recht besteht hier nicht, vgl. einerseits Niemeyer S. 586, andererseits Dernburg V S. 381 ff., Planck V § 2197 Anm. 2.

32) Vgl. für das frühere Recht Niemeyer S. 588, für das Recht des B.G.B. Dernburg V S. 386; Planck V zu § 2202 Anm. 2 b.

33) Hier sind vornehmlich diejenigen Punkte berücksichtigt, welche während einer länger dauernden Verwaltung in Betracht kommen, da lediglich diese für die Testamentsvollstrecker des alten Rechts noch praktische Bedeutung haben.



Testamentsvollstrecker, wie mit der schließlich maßgebend gebliel Ansicht[34] anzunehmen ist, nicht als Vertreter der Erben zu g sondern seine Amtspflichten und -befugnisse aus eigenem Recht n zunehmen, und zwar auf Grund des vom Gesetze getragenen l Willens des Erblassers und zur Vollziehung dieses Willens.

b) Hieraus folgt, daß die Testamentsvollstrecker die Verw tung des Nachlasses unabhängig von den Erben[35] nach dem Willen Erblassers zu führen haben. Abweichen dürfen sie von den Anordnu des Erblassers nur, wenn die Anordnungen auf ihren oder eines and Beteiligten Antrag vom Amtsgericht abgeändert oder außer Kraft g worden sind. Hierzu ist das Amtsgericht nur befugt, wenn die Befolg der Anordnung des Erblassers den Nachlaß erheblich gefährden w (§ 87 A.G. z. B.G.B.).[36] [37] Die Verwaltung haben die Vollstrecke der Regel persönlich zu führen, da ihre Ernennung auf einem persönli Vertrauensverhältnis beruht, doch können sie Bevollmächtigte zu L nehmen, soweit dies üblich ist.[38]

Hat der Erblasser besondere Vorschriften über die Verwaltung n getroffen, so haben die Testamentsvollstrecker, nachdem sie sich in Besitz des Nachlasses gesetzt und ein Inventar errichtet, auch die V fügungen des Erblassers ausgeführt haben, den Nachlaß ordnung mäßig zu verwalten. Zu dem Zwecke können sie über alle Na

---

34) So namentlich in Entsch. des R.G. 32 S. 152 und Beibl. 1 Nr. 73. Die Literatur ist in dem ersteren Urteil, sowie bei Niemey S. 580 angegeben. Für das neue Recht vgl. Dernburg V S. 37 Planck V Vorbemerkung 2 zu Abschnitt III Titel 6.

35) Sie wird selbst an den einstimmigen Beschluß der Erben nicht bunden; vgl. Niemeyer S. 588. Nach dem maßgebend gebliebenen alt Recht kann der Erblasser die Befugnisse des Testamentsvollstreckers n seiner Willkür ordnen, insbesondere seine Haftung gegenüber den Erben l liebig bestimmen; vgl. Beibl. 1907 Nr. 131.

36) Das vormalige Hamburgische Obergericht war gewohnheitsmäß befugt, Lücken eines Testaments im Geiste des Erblassers zu ergänzen u Bestimmungen eines Testaments bei inzwischen eingetretener erheblicher Ve änderung der tatsächlichen Verhältnisse zweckentsprechend zu modifiziere Auch die Vormundschaftsbehörde hat sich später hierzu für befugt gehalte Nunmehr ist jedoch die Befugnis des Nachlaßgerichts ausdrücklich auf obi Voraussetzung beschränkt und erscheint es nicht angängig, neben der B stimmung des § 87 A.G. z. B.G.B. aus dem alten Recht noch weitergehend Befugnisse des Nachlaßgerichts betr. Abänderung testamentarischer Bestim mungen abzuleiten. Vgl. Amtsger.Samml. 1900 S. 152, 161, 179; Beib 1901 Nr. 53; dagegen Amtsger.Samml. 1900 S. 168. Vgl. auch Nie meyer S. 592.

37) Gegen eine auf Grund dieser Vorschrift ergangene Verfügung steh den Beteiligten die sofortige Beschwerde zu (§§ 97 Abs. 2 A.G. z. B.G.B. 20 Abs. 1, 82 F.G.G.).

38) Vgl. Beibl. 1879 Nr. 15, 1888 Nr. 10; Niemeyer S. 593.

laßgegenstände, auch Grundstücke, frei verfügen, sowie im Interesse einer solchen Verwaltung liegende neue Verbindlichkeiten eingehen. Inwieweit eine Realisierung des Nachlasses geboten ist, um Verfügungen des Erblassers auszuführen oder eine sachgemäße Verwaltung zu ermöglichen, unterliegt ihrer Entscheidung. Zu Schenkungen, Verzichten und sonstigen Freigebigkeiten sind sie nur befugt, insoweit diese einer Pflicht entsprechen oder sozial geboten sind.

Dem Erblasser ist es gestattet, den Testamentsvollstrecker so frei zu stellen, daß er nur im Falle der Arglist haftet, was erheblich weiter geht als die §§ 2220, 2216 B.G.B. Bei alten Nachlässen ist diese freie Stellung des Testamentsvollstreckers erhalten geblieben.[39]

Die Vollstrecker haben das Recht der Interpretation des Testaments, insoweit ihnen das Recht im Testament eingeräumt ist. Doch dürfen sie davon nur Gebrauch machen, falls wirklich eine auslegungsbedürftige Bestimmung vorliegt.[40]

c) Die Testamentsvollstrecker haben die ausschließliche gerichtliche und außergerichtliche Vertretung des Nachlasses gegenüber den Erben und nach außen, soweit nicht die letztwillige Verfügung entgegenstehende Bestimmungen enthält. Sie vertreten den Nachlaß aktiv und passiv vor Gericht und schließen damit die Erben von der gerichtlichen Vertretung aus.[41] Die Vollstrecker sind nicht die gesetzlichen Vertreter der Erben, sondern selbst kraft ihres Amtes Prozeßpartei. Daher haben sie die zugeschobenen und auferlegten Eide zu leisten. Das Urteil, welches im Prozeß des Testamentsvollstreckers mit Dritten ergangen ist, wirkt für und gegen die Erben.[42] Die Vollstrecker sind nach außen auch befugt, Vergleiche abzuschließen; inwieweit sie sich den

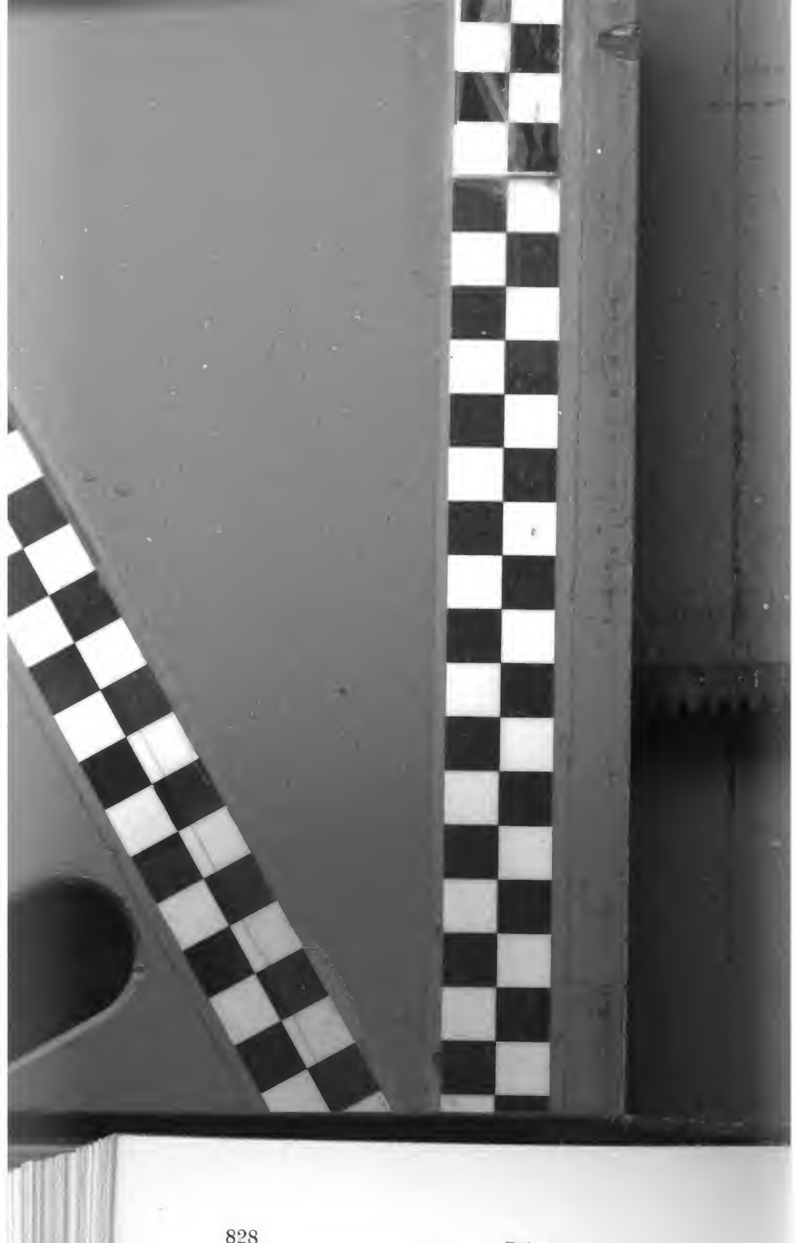
---

39) Vgl. R.G. in Deutsche Jur.-Ztg. 1906 S. 1262; Beibl. 1907 Nr. 131.

40) Vgl. Beibl. 1881 Nr. 68, 1888 Nr. 18, 65; Niemeyer S. 591. Das R.G. schränkt in der Deutschen Jur.-Ztg. 1907 S. 826 das Recht der Testamentsvollstrecker zur Interpretation erheblich ein, hält insbesondere die Verleihung eines Rechtes zur „authentischen" Interpretation, wie sie in Hamburgischen Testamenten häufig erfolgt, für unzulässig. Vgl. dazu Beibl. 1907 Nr. 137.

41) Vgl. Beibl. 1883 Nr. 88, 1886 Nr. 83, 1894 Nr. 103; Niemeyer S. 590. Anders für das neue Recht § 2213 B.G.B. Soweit die Erben wegen Nichtbefolgung der Vorschriften über die Inventarpflicht für die Schulden des Erblassers persönlich haften, können sie von den Nachlaßgläubigern selbst belangt werden.

42) Dies folgt allerdings nicht aus § 327 Z.P.O., da diese Bestimmung keine rein prozessuale, sondern eine des materiellen Rechts ist und hier das alte Recht entscheiden muß. Nach dem alten Recht ist aber anzunehmen, daß die Rechtskraft eines zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem Dritten ergangenen Urteils sich auch auf die Erben erstreckt (Niemeyer S. 591).



Erben dadurch ersatzpflichtig machen, bestimmt sich nach den Grunds
einer ordnungsmäßigen Verwaltung. Gegenüber dem Grundbu
amt sind die Vollstrecker befugt, auf Namen des Erblassers stehe
Grundeigentum und Hypotheken umzuschreiben, ohne daß sie dazu e
besonderen Ermächtigung des Erblassers bedürfen.[43]

d) Sind mehrere Testamentsvollstrecker erna
was in Hamburg von jeher üblich ist, und hat der Erblasser nicht
stimmt, in welcher Weise die Vollstrecker handeln sollen, so führen
das Amt gemeinschaftlich. Es bedarf daher grundsätzlich eines
stimmigen Beschlusses und eines gemeinschaftlichen Auftretens der V
strecker. Widerspricht ein Vollstrecker, so muß die betreffende Handl
unterbleiben. Doch kann jeder Vollstrecker das Amtsgericht des Bezi
in welchem die Nachlaßverwaltung geführt wird, anrufen, damit es ü
die Meinungsverschiedenheit im Wege der freiwilligen Gerichtsbar
entscheidet, falls der Erblasser dies nicht untersagt hat (§ 88 A.G.
B.G.B.). Der Klageweg ist immer ausgeschlossen.[44] [45]

Für eine gemeinschaftlich vorgenommene Rechtshandlung haften
Vollstrecker solidarisch. Einseitige, empfangsbedürftige Willenserk
rungen können rechtsgültig einem Vollstrecker gegenüber abgegeb
werden. Wenn auch die Testamentsvollstrecker regelmäßig persönlich
handeln haben, so ist doch bei mehreren Vollstreckern eine gegenseiti

---

43) So hat das O.L.G. schon in Beibl. 1883 Nr. 133 und 1891 Nr. -
entschieden, während die früheren Hypothekenbureaus den Konsens der Erb
forderten, falls den Testamentsvollstreckern die Befugnis zur alleinigen U
schreibung im Testament nicht gewährt war. Seit dem Inkrafttreten d
neuen Rechts hat sich das Grundbuchamt der Ansicht des O.L.G. angeschlosse
Vgl. Niemeyer S. 581 f.; Mittelstein, Grundeigentum und Hyp
theken § 4 Anm. 5 letzter Abs.; Melchior, G.B.O. S. 67 Anm. 4.

44) Die Entscheidung des Amtsgerichts geht nicht über die Schlichtun
der dem gemeinschaftlichen Handeln hindernd in den Weg getretenen Me
nungsverschiedenheit und nicht über die Wirkung hinaus, daß die Uneinige
sich (eventuell nach Erschöpfung des gemäß §§ 60, 82 F.G.G., § 97 Abs.
A.G. z. B.G.B. zulässigen Beschwerdeverfahrens) dem Spruche zu fügen un
wieder gemeinschaftlich weiter zu wirken haben; namentlich können die Recht
Dritter, z. B. der Erben, dadurch nicht berührt werden (vgl. Beibl. 190
Nr. 95; Amtsger.Samml. 1900 S. 138). — Im alten Recht war es zweifel
haft, ob die Vormundschaftsbehörde eine solche Befugnis besaß, die herrschend
Meinung verneinte es (Niemeyer S. 594). In das A.G. z. B.G.B. is
die Befugnis im Anschluß an den für das neue Recht geltenden § 2224 B.G.B
aufgenommen worden (vgl. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 62).

45) Gegen eine solche Verfügung des Amtsgerichts steht den Beteiligten
die sofortige Beschwerde zu. Die Verfügung selbst tritt erst mit der Rechts-
kraft in Wirksamkeit, falls nicht das Gericht wegen Gefahr im Verzuge die
sofortige Wirksamkeit der Verfügung anordnet (§§ 97 Abs. 2 A.G. z. B.G.B.,
82, 53, 60 Ziff. 6 F.G.G.).

Bevollmächtigung zulässig. Auf diese finden die Regeln der Stellvertretung Anwendung.

Fällt einer von mehreren Vollstreckern fort, so führen nicht, wie nach neuem Recht (§ 2224 Abs. 1 B.G.B.) die übrigen das Amt allein weiter, vielmehr ist dann, sobald ein Beteiligter es beantragt, ein neuer Vollstrecker vom Amtsgericht zu ernennen. S. oben S. 825.

e) Das Rechtsverhältnis der Vollstrecker zu den Erben[46] richtet sich nach dem Inhalt der letztwilligen Verfügung.

α) Die Erben haben gegen die Vollstrecker den Anspruch auf diejenigen Leistungen, die sich aus der letztwilligen Verfügung ergeben.

β) Sie haben ferner einen Anspruch auf ordnungsmäßige Verwaltung des Nachlasses und im Fall der Verletzung der Grundsätze einer solchen Verwaltung auf Ersatz des daraus etwa entspringenden Schadens.[46a]

γ) Die Erben[47] haben einen Anspruch auf Auskunftserteilung über den Stand des Nachlasses. Diese Auskunft ist bei länger dauernder Verwaltung nicht nur bei der Konstituierung des Nachlasses zu erteilen, d. h. wenn nach Auskehrung der sofort an die Berechtigten auszukehrenden Teile des Nachlasses und etwa erforderlicher Realisierung der übrige Teil des Nachlasses nach den Vorschriften des Testaments auf den Namen des Testaments belegt ist,[48] sondern auch in angemessenen Zeitabschnitten zu wiederholen.[49]

δ) Die Erben[47] haben endlich einen Anspruch auf Abrechnung. Dieser Anspruch besteht grundsätzlich erst bei der Beendigung der Vollstreckung. Die Frage, ob bei länger dauernder Verwaltung die Vollstrecker in periodischen Zwischenräumen eine Abrechnung zu erteilen haben, war im alten Recht sehr zweifelhaft.[50] Falls die letztwillige Ver-

---

46) Über das Rechtsverhältnis der Vollstrecker zu den Legataren vgl. Niemeyer S. 595. Dasselbe kann hier außer Betracht bleiben, da bei alten Nachläßen dieses Rechtsverhältnis inzwischen allgemein seine Erledigung gefunden haben dürfte.

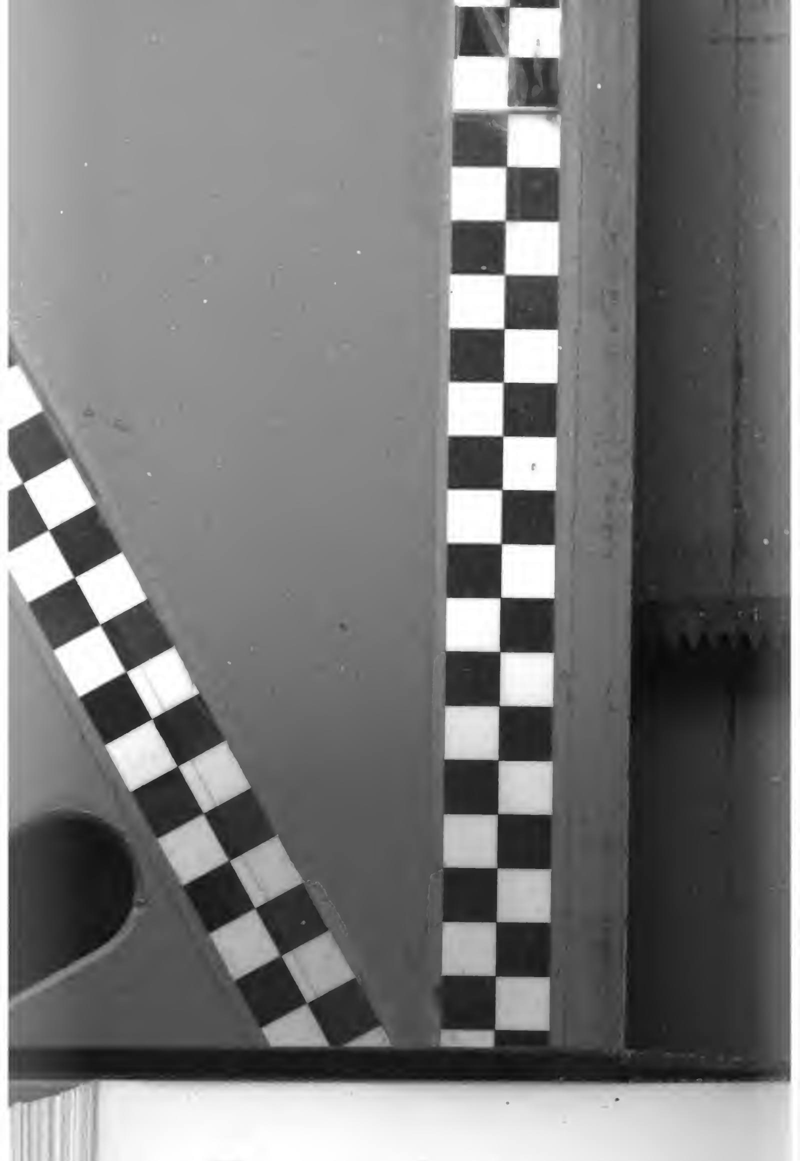
46a) Vgl. hierzu Beibl. 1907 Nr. 131.

47) Die Pflichtteilsberechtigten haben, auch wenn sie nicht als Erben eingesetzt sind, ebenfalls einen Anspruch auf Auskunftserteilung und Abrechnung (vgl. Beibl. 1884 Nr. 45, 129; 1887 Nr. 32; 1892 Nr. 174).

48) Vgl. Beibl. 1889 Nr. 6; 1905 Nr. 149.

49) Eine Einsicht in die Geschäftsbücher will Niemeyer (S. 597) den Erben mit Recht nicht gestatten. Denn die Interna der Testamentsverwaltung sollen ihren neugierigen Blicken entzogen bleiben, vgl. Beibl. 1879 Nr. 77.

50) Vgl. Niemeyer S. 597. Nach neuem Recht (§ 2218 Abs. 2 B.G.B.) können die Erben jährlich Rechnungslegung verlangen.



fügung Bestimmungen hierüber nicht enthält, dürfte die Forderung ei Rechnungsablegung in angemessenen Zeitabschnitten gerechtfertigt scheinen.

f) Auch nach altem Recht kann der Testamentsvollstrecker in Ha burg eine Provision fordern, welche sich, falls der Erblasser stimmungen hierüber nicht getroffen hatte, auf 2 % vom Nachlaßkapi beläuft.[51] Die Provision wird von dem Reinbetrage des Nachlass also nach Abzug der Nachlaßschulden, berechnet. Sie ist fällig, sob der Nachlaß konstituiert ist,[52] auch wenn die Verwaltung des Nachlas noch länger fortgeführt wird. Für die länger dauernde Verwaltung der Vollstrecker einen besonderen Provisionsanspruch nicht. Tritt wä rend der Verwaltung ein neuer Vollstrecker ein, so bestehen feste Norm über seinen Provisionsanspruch nicht. Niemeyer[53] will die Ha burger Gewohnheit, daß Verwalter fremden Vermögens 2 % der jäl lichen Einkünfte als Honorar berechnen, analog anwenden.

Außer seiner Provision kann der Vollstrecker noch Ersatz sein Auslagen, auch für die Anstellung der erforderlichen Hilfskräfte, son ein Honorar für seine etwaige Tätigkeit als Rechtsanwalt fordern.

4. Das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Nachlaßverwaltu geführt wird, hat dem Testamentsvollstrecker auf Antrag ein Zeug nis über seine Bestellung zu erteilen (§ 89 A.G. z. B.G.B.). Für di Zeugnis gelten die gleichen Vorschriften wie für das Zeugnis der Test mentsvollstrecker neuen Rechts.[54] Das Zeugnis bekundet die Tatsach daß der Vollstrecker als solcher bestellt worden ist. Ist der Vollstreck durch die letztwillige Verfügung in der Verwaltung beschränkt, so ist di in das Zeugnis aufzunehmen.[55] Es besteht die Rechtsvermutung, daß d

51) Vgl. Baumeister II S. 289; Niemeyer S. 599; Beibl. 19 Nr. 149, 178.

52) Vgl. oben e γ.

53) Vgl. S. 601.

54) Nach § 89 A.G. z. B.G.B., § 2368 B.G.B. finden die Vorschrifte über den Erbschein auf das Zeugnis entsprechende Anwendung. Das Amt gericht hat also von Amts wegen die erforderlichen Ermittelungen anzustelle ob der Vollstrecker auch wirklich ordnungsmäßig zum Vollstrecker bestel worden ist. Doch genügt hierfür in der Regel, daß die Vollstrecker in eine formell rechtsgültigen Testament ernannt worden sind, ob das Testamer angefochten werden kann, ist gleichgültig (Amtsger.Samml. 1902 S. 84 f. hierzu auch 1902 S. 92). Ergibt sich, daß das Zeugnis unrichtig ist un wird es deshalb für kraftlos erklärt, so findet gegen die hierauf bezüglich Verfügung eine Beschwerde nicht statt (§§ 97 Abs. 2 A.G. z. B.G.B., S F.G.G.).

55) Die Rechtsvermutung, die dem Zeugnis zur Seite steht, geht nu dahin, daß der Testamentsvollstrecker rechtsgültig Vollstrecker geworden i

in dem Zeugnis benannte Testamentsvollstrecker die Befugnisse eines Vollstreckers älteren Rechts besitzt und daß er nicht durch andere als die in dem Zeugnis angegebenen Anordnungen beschränkt ist.

5. Die Beendigung der Testamentsvollstreckung kann aus verschiedenen Gründen erfolgen.

a) Das Amt endet, wenn der Vollstrecker seine Aufgabe erfüllt und den Nachlaß entsprechend der letztwilligen Verfügung den Erben zugeteilt hat, wenn z. B. die Erben ein bestimmtes Alter erreicht haben.

b) Das Amt endet ferner, wenn der Vollstrecker stirbt, geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt wird.

c) Weiter steht dem Vollstrecker frei, das Amt niederzulegen. Er darf diese Kündigung aber nicht zur Unzeit eintreten lassen. Geschieht letzteres, so ist die Testamentsvollstreckung zwar auch erledigt, doch macht sich der Vollstrecker den Erben ersatzpflichtig.

d) Das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Nachlaßverwaltung geführt wird, kann auf Antrag beim Vorliegen eines wichtigen Grundes, z. B. bei grober Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung, einen Vollstrecker entlassen[56] (§ 86 A.G. z. B.G.B.). Zur Antragstellung ist jeder Beteiligte[57] befugt. Von Amts wegen darf das Amtsgericht die Entlassung des Vollstreckers nicht anordnen.

IV. Das Erblegitimationsverfahren richtet sich bei alten Nachlässen nach dem alten Recht.[58]

1. Nach altem Recht wurden vom Erbschaftsamt[59] Erb-

---

und die im Zeugnis angegebenen Befugnisse erlangt hat, nicht aber darauf, daß er sie noch besitzt. Vgl. Planck V § 2369 Anm. 3 e.

56) Der Testamentsvollstrecker soll tunlichst vorher gehört werden (§ 86 Abs. 2 A.G. z. B.G.B.). Die Bestimmung über die Entlassung des Vollstreckers ist im Einklang mit dem neuen Recht (§ 2277 B.G.B.) getroffen worden. Das alte Recht kannte nur die Möglichkeit einer Entfernung des Vollstreckers im Prozeßwege, nicht durch Verfügung der Vormundschaftsbehörde (Niemeyer S. 598; Beibl. 1888 Nr. 141). Gegen die Verfügung, welche die Entlassung anordnet, steht dem Testamentsvollstrecker das Recht der sofortigen Beschwerde zu (§§ 97 A.G. z. B.G.B., 20 Abs. 1, 81 F.G.G.).

57) Vgl. oben S. 824. Der Testamentsvollstrecker selbst ist aber hierzu nicht befugt, wie sich aus dem Sinne der Vorschrift ergibt. Auch hat er ja das Recht der Kündigung.

58) Vgl. Habicht S. 696.

59) In Ritzebüttel erteilte der Amtsverwalter die Erbgezeugnisse. Vgl. bez. des Erbschaftsamts §§ 25—27 Ges. betr. die Behandlung von Verlassenschaften v. 21. Dez. 1868 (Wulff 1. Aufl. II S. 325), und § 21 Ges. betr.



gezeugnisse und Noterbenatteste ausgestellt, welche a
heute noch Gültigkeit besitzen.

a) Die Erbgezeugnisse, welche den Beweis der Intest
erbfolge erbrachten, wurden entweder auf Grund der beeidigten Aussa
zweier Hamburgischer Staatsangehörigen oder auf Grund der dem Er
schaftsamt vorgelegten Dokumente und Beweismittel oder aber a
Grund bei dem Erbschaftsamt erwachsener Akten erteilt.

b) Noterbenatteste wurden bei der Testamentserbfolge a
Grund der beeidigten Aussage zweier Hamburgischer Staatsangehörig
oder auf Grund sonstiger amtlicher Kenntnis erteilt und bezeugten, d
unberücksichtigte Noterben nicht vorhanden seien.[60]

2. Konnte eins der vorgenannten Zeugnisse und auch eine Test
mentsurkunde nicht vorgelegt werden, so war im früheren Grun
buchverkehr auch die Heranziehung anderer B
weismittel für die Erblegitimation zulässig, insbesondere d
eidesstattliche Zeugnis zweier glaubhafter Personen. Das muß für al
Nachlässe auch heute noch gelten.[61]

3. Seit dem Inkrafttreten des neuen Recht
werden Erbgezeugnisse und Noterbenatteste nic
mehr ausgestellt. Vielmehr wird dem Erben, sowohl de
gesetzlichen wie dem testamentarischen, auf Antrag ein Erbschei
ausgestellt[62] (§§ 91, 92 A.G. z. B.G.B.).

a) Zuständig für die Ausstellung des Erbscheins ist das Amtsgeric
in dessen Bezirk der Erblasser zur Zeit des Erbfalls seinen Wohns
hatte. Hatte er zu dieser Zeit seinen Wohnsitz im Auslande, sein
Aufenthalt aber im Hamburgischen Staatsgebiet, so ist das betr. Ham
burgische Amtsgericht zuständig. Hatte er indessen einen Wohnsitz
einem andern Bundesstaate, so kann ein Erbschein von Hamburgisch
Gerichten nicht ausgestellt werden.[63]

b) Berechtigt zur Antragstellung sind der Erbe, ein Vertreter od

---

die Einführung Hamburgischer Organisationen und Gesetze in Bergedorf vo
30. Dez. 1872 (Wulff 1. Aufl. II S. 426), bez. Ritzebüttel Ges. v. 27. Sep
1871 (Ges.Samml. 1871 S. 83).

60) Vgl. Niemeyer S. 677; Beibl. 1891 Nr. 42.

61) Vgl. Amtsger.Samml. 1904 S. 91 ff.

62) Diese Erbscheine genügen auch für den Grundbuchverkehr, da si
die Legitimation bei alten Nachlässen nach dem alten, also dem Lande
recht richtet.

63) Vgl. § 73 F.G.G.; Wulff III S. 47 Anm. 7. War der Erblass
ein Deutscher und hatte er bei seinem Tode keinen Wohnsitz oder Aufentha
in Deutschland, aber seinen letzten inländischen Wohnsitz in Hamburg gehab
so kann auch von dem Hamburgischen Gericht ein Erbschein ausgestellt werde

Bevollmächtigter desselben, ein Testamentsvollstrecker,[64] sowie die Gläubiger zum Zweck der Zwangsvollstreckung gegen den Erben (§ 792 Z.P.O.)[65] und wenn sie mittels einer Verurteilung des Erben Ersetzung einer Willenserklärung desselben erlangen oder eine Eintragung in ein öffentliches Buch statt desselben betreiben wollen (§ 896 Z.P.O.). Über die Befugnis von Behörden, einen Erbschein zu verlangen, enthält die Hamburgische Gesetzgebung keine Vorschriften; man wird daher diese Befugnis verneinen müssen.[66]

c) Bei jedem Gesuch um die Erteilung eines Erbscheins ist durch öffentliche Urkunde die Zeit des Todes des Erblassers nachzuweisen, sowie anzugeben und auf die gleiche Weise nachzuweisen, ob und wie eine dem Antragsteller im Erbrecht vorgehende Person eventuell weggefallen ist; auch ist anzugeben, ob ein Rechtsstreit über das Erbrecht anhängig ist, in welchem Falle vor der Erteilung des Erbscheins der Gegner des Antragstellers gehört werden soll (§ 2360 B.G.B.). Wer den Erbschein als gesetzlicher Erbe beantragt, muß das Verhältnis, auf dem sein Erbrecht beruht, ob und welche Personen vorhanden sind oder waren, durch die sein Erbrecht ausgeschlossen oder gemindert wurde und ob und welche Verfügungen des Erblassers von Todes wegen vorhanden sind, nachweisen, das erstere durch öffentliche Urkunden.[67] Wer auf Grund einer Verfügung von Todes wegen einen Erbschein verlangt, hat die Verfügung vorzulegen und anzugeben, ob und welche sonstigen Verfügungen des Erblassers von Todes wegen vorhanden sind. Soweit der Beweis nicht durch Urkunden zu führen ist,[68] hat der Antragsteller vor Gericht oder einem Notar[69] an Eidesstatt zu versichern, daß ihm nichts bekannt sei, was der Richtigkeit seiner Angaben entgegensteht.[70] Das Gericht kann die Versicherung erlassen, auch bedarf es keiner Beweise für gerichtsnotorische Tatsachen (§ 2356 B.G.B.).

d) Das Amtsgericht hat von Amts wegen die erforderlichen Ermittlungen anzustellen und die geeigneten Beweise aufzunehmen, und

---

64) Vgl. Dernburg V S. 442; Amtsger.Samml. 1902 S. 309.
65) Vgl. Amtsger.Samml. 1903 S. 296.
66) Vgl. Dernburg V S. 443; Planck V § 2353 Anm. 3 b γ.
67) Alle das materielle Erbrecht betreffenden Fragen richten sich natürlich nach dem alten Recht.
68) Hiervon kann bei besonderen Schwierigkeiten das Gericht dispensieren (§ 2356 Abs. 1 B.G.B.).
69) Über die Form vgl. § 36 Ges. betr. das Notariat v. 29. Dez. 1899 (Wulff III S. 332).
70) Vgl. Amtsger.Samml. 1900 S. 125.



darf den Erbschein nur erteilen, wenn es die erforderlichen Tatsa für festgestellt erachtet (§§ 2358, 2359 B.G.B.). Es hat in dem E schein anzugeben, falls der Erbe durch die Einsetzung eines Testamer vollstreckers oder andere Anordnungen des Erblassers in der Verfüg über den Nachlaß beschränkt ist (§ 92 Abs. 2 A.G. z. B.G.B.).[71]

e) Der Erbschein bezeugt nur die Rechtslage, wie sie sich zur des Erbfalls gestaltete. Doch tritt die Rechtsvermutung ein, daß d im Erbschein benannten Erben das angegebene Erbrecht zustehe und nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen beschränkt (§ 2365 B.G.B.). Diese Vermutung kann durch Gegenbeweis entkräf werden. Über den Schutz gutgläubiger Dritter s. die auch bei al Nachlässen in Betracht kommenden §§ 2366, 2367 B.G.B. und Der burg V S. 449 f.

f) Ergibt sich nachträglich, daß ein Erbschein unrichtig so ist er vom Nachlaßgericht einzuziehen, wodurch er kraftlos wi Kann er nicht sofort erlangt werden, so ist er vom Gericht für kraft zu erklären[72] (§ 2361 B.G.B.). Der wirkliche Erbe und der Tes mentsvollstrecker können von dem Besitzer eines unrichtigen Erbschei die Herausgabe an das Nachlaßgericht verlangen (§§ 2362, 2364 Abs B.G.B.).

§ 146. Nachlaßinventar und Vermögensverzeichnisse.

I. Dem Erben kann nach den §§ 1993 ff. B.G.B. eine Frist ges werden, binnen welcher er zur Vermeidung der unbeschränkten Haftu für die Nachlaßschulden ein Inventar über den Nachlaß einzureich hat. Der Erbe kann dann nach dem Reichsrecht

1. das Inventar selbst aufnehmen, wobei er al eine zuständige Behörde oder einen zuständig Beamten oder Notar zuziehen muß (§ 2002 B.G.B.). Die B stimmung der zuständigen Behörden und Beamten ist d

71) Auch die Beschränkung durch eine Nacherbfolge im Sinne des § 23 B.G.B. fällt unter die aufzunehmenden Beschränkungen. Wenn dies Paragraph im § 92 Abs. 1 A.G. z. B.G.B. nicht erwähnt worden ist, so h das seinen Grund lediglich darin, daß die Bestimmung wegen der Beschrä kungen mit Rücksicht auf die Mannigfaltigkeit der unter altem Recht vo kommenden Verfügungsbeschränkungen allgemeiner hat gefaßt werden soll (s. Verh. zw. Sen. u. Bürg. 1899 S. 65). Daher ist dem O.L.G. in Amtsg Samml. 1903 S. 120 (Beibl. 1903 Nr. 123) nicht, wohl aber dem L. ebenda S. 86 zuzustimmen.

72) Gegen diese Verfügung gibt es keine Beschwerde (§§ 97 Abs. 2 A. z. B.G.B., 84 F.G.G.).

Landesrecht überlassen. Für Hamburg sind die Notare, das Gerichtsvollzieheramt und die Gerichtsvollzieher in Ritzebüttel und Bergedorf für zuständig erklärt worden (§ 78 Abs. 1 A.G. z. B.G.B.);[1]

2. beantragen, daß das Nachlaßgericht das Inventar entweder selbst aufnimmt oder die Aufnahme einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten oder Notar überträgt (§ 2003 B.G.B.). Durch Landesgesetz kann die Zuständigkeit des Nachlaßgerichts zur Aufnahme des Inventars ausgeschlossen werden (Art. 148 E.G. z. B.G.B.). Dies ist für Hamburg geschehen (§ 78 Abs. 2 A.G. z. B.G.B.). Danach kann das Amtsgericht auf einen solchen Antrag nur einen Notar oder einen Gerichtsvollzieher mit der Aufnahme des Inventars beauftragen.

Über das Verfahren bei der Aufnahme des Inventars sind im Hamburgischen Landesrecht besondere Vorschriften nicht enthalten.[2]

II. In verschiedenen Fällen des Erbrechts kann die Aufstellung eines Vermögensverzeichnisses gefordert werden. So kann

1. der Nacherbe vom Vorerben (§ 2121 B.G.B.),
2. der Erbe vom Testamentsvollstrecker (§ 2215 B.G.B.),
3. der Pflichtteilsberechtigte vom Erben (§ 2314 B.G.B.)

ein solches Verzeichnis fordern.

In allen diesen Fällen kann verlangt werden, daß das Verzeichnis durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen werde. Die Bestimmung der Beamten oder Behörden ist dem Landesrecht überlassen. Für Hamburg sind auch in diesen Fällen die Notare, das Gerichtsvollzieheramt und die Gerichtsvollzieher in Ritzebüttel und Bergedorf für zuständig erklärt worden (§ 78 Abs. 1 A.G. z. B.G.B.).[1]

§ 147. Einzelne erbrechtliche Vorschriften.

I. Amtliche Maßregeln zur Sicherung des Nachlasses treten, soweit ein Bedürfnis besteht, ein, solange eine Erbschaft noch nicht

1) Vgl. § 16 Ges. betr, das Gerichtsvollzieherwesen v. 29. Dez. 1899 (Wulff III S. 214); § 104 Instr. für das Gerichtsvollzieheramt und die Gerichtsvollzieher v. 1. Jan. 1900 (Wulff III S. 444).

2) § 104 I. Abs. der Instr. für das Gerichtsvollzieheramt usw. (Wulff III S. 444) schreibt nur für das durch Gerichtsvollzieher aufzunehmende Inventar vor, daß die allgemeinen Bestimmungen über die Beurkundung und die in den bez. Gesetzen enthaltenen Bestimmungen genau zu berücksichtigen sind.

angenommen ist, wenn der Erbe unbekannt oder ungewiß ist, ob er
Erbschaft angenommen hat (§ 1960 Abs. 1 B.G.B.).

1. Zuständig für die Anordnung der Maßregeln für die Sicher
ist grundsätzlich

a) das Nachlaßgericht, welchem die Polizeibehörden
jedem Todesfalle, in welchem solche Maßregeln erforderlich erschein
sofort Anzeige zu erstatten haben (§ 72 F.G.G., § 29 Hamb. F.G.G
Auch haben die Standesbeamten nach ihrer Dienstanweisung dem Am
gericht von jedem Todesfalle, der zu ihrer Kenntnis kommt, sofort
zeige zu machen.

b) Tritt in einem anderen Amtsgerichtsbezirk
Bedürfnis der Fürsorge hervor, so ist auch dieses Amtsgericht für
Sicherung des Nachlasses zuständig; es soll aber dem Nachlaßgericht
den angeordneten Maßregeln Mitteilung machen (§ 74 F.G.G.).
in diesem Falle wird den Polizeibehörden die Anzeigepflicht wie unte
obliegen.

c) Bei Gefahr im Verzuge haben die Polizeibehörden
erforderlichen Sicherungsmaßregeln selbst zu treffen und die angeordne
Maßregeln dem Nachlaßgerichte unverzüglich anzuzeigen[1] (§ 29 Ha
F.G.G.).

2. Die Sicherung kann in verschiedener Weise erfolge
insbesondere

a) durch Anlegung von Siegeln. Über die Ausführ
der Siegelung bestimmt das Gesetz nur wenig. Die Siegelung k
vom Gericht selbst vorgenommen, sie kann aber auch vom Gericht
Gerichtsvollzieheramt und den Gerichtsvollziehern in Ritzebüttel
Bergedorf übertragen werden.[2] Der Gerichtsvollzieher, welcher mit
Siegelung beauftragt ist, hat über den Hergang ein Protokoll auf
nehmen, welches in Abschrift dem Amtsgericht mitzuteilen ist.[3] E
Beauftragung der Notare mit der Vornahme der Siegelung kennt
Hamburgische Recht nicht.

---

1) Die Zulässigkeit dieser Bestimmung beruht auf Art. 147 E.G.
B.G.B., wonach für die dem Nachlaßgericht obliegenden Verrichtungen and
als gerichtliche Behörden für zuständig erklärt werden können. Ur
„Polizeibehörden" sind hier die staatlichen Polizeibehörden zu verstehen,
Gemeindevorstände nur, falls ihnen staatliche Polizeibefugnisse übertra
sind; vgl. Wulff III S. 231 Anm. 9.

2) Vgl. § 4 Abs. 1 Ges. betr. das Gerichtsvollzieherwesen v. 29.
1899 (Wulff III S. 211).

3) Vgl. § 103 Instr. für das Gerichtsvollzieheramt und die Gerid
vollzieher v. 1. Jan. 1900 (Wulff III S. 444).

b) durch die Hinterlegung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten. Diese Hinterlegung hat bei der Hinterlegungsstelle der Amtsgerichte zu erfolgen.[4]

c) durch Aufnahme eines Nachlaßverzeichnisses. Über die für die Aufnahme des Verzeichnisses zuständigen Beamten enthält das Gesetz keine Vorschrift. Man wird aber im Anschluß an §§ 2003, 2121, 2215, 2314 B.G.B. und 74 A.G. z. B.G.B. annehmen müssen, daß das Gericht einen Notar oder das Gerichtsvollzieheramt oder die Gerichtsvollzieher von Ritzebüttel und Bergedorf mit der Aufnahme des Verzeichnisses zu beauftragen haben wird. Insbesondere ist das Gericht, da es das Nachlaßinventar nicht aufnehmen kann,[5] auch nicht zuständig, dieses Verzeichnis selbst aufzunehmen.[6]

d) durch Anordnung einer Nachlaßpflegschaft (§§ 1960 bis 1962 B.G.B.).

II. Nach § 2194 B.G.B. kann, wenn eine in einer letztwilligen Verfügung enthaltene Auflage im öffentlichen Interesse liegt, auch die zuständige Behörde die Vollziehung der Auflage verlangen. Die Bestimmung der zuständigen Behörde ist der Landesgesetzgebung überlassen. Für Hamburg ist als solche die Finanzdeputation bezeichnet worden (§ 79 A.G. z. B.G.B.).[7] Diese Befugnis, deren Geltendmachung im freien Ermessen der Finanzdeputation steht, ist im zivilrechtlichen Wege geltend zu machen.

§ 148. Das Anerbenrecht.

I. Nach Art. 64 E.G. z. B.G.B. bleiben unberührt die landesgesetzlichen Vorschriften über das Anerbenrecht in Ansehung landwirtschaftlicher Grundstücke nebst Zubehör, doch können die Landesgesetze das Recht des Erblassers, über das dem Anerbenrecht unterliegende Grundstück von Todes wegen zu verfügen, nicht beschränken.

II. Im Gebiet des Landrechts (s. oben § 2 IV 2) ist diese Vorschrift noch von Bedeutung. Nach Art. 82[1] ist, falls der Vater keinen der Söhne bestimmt hat, der älteste Sohn der nächste

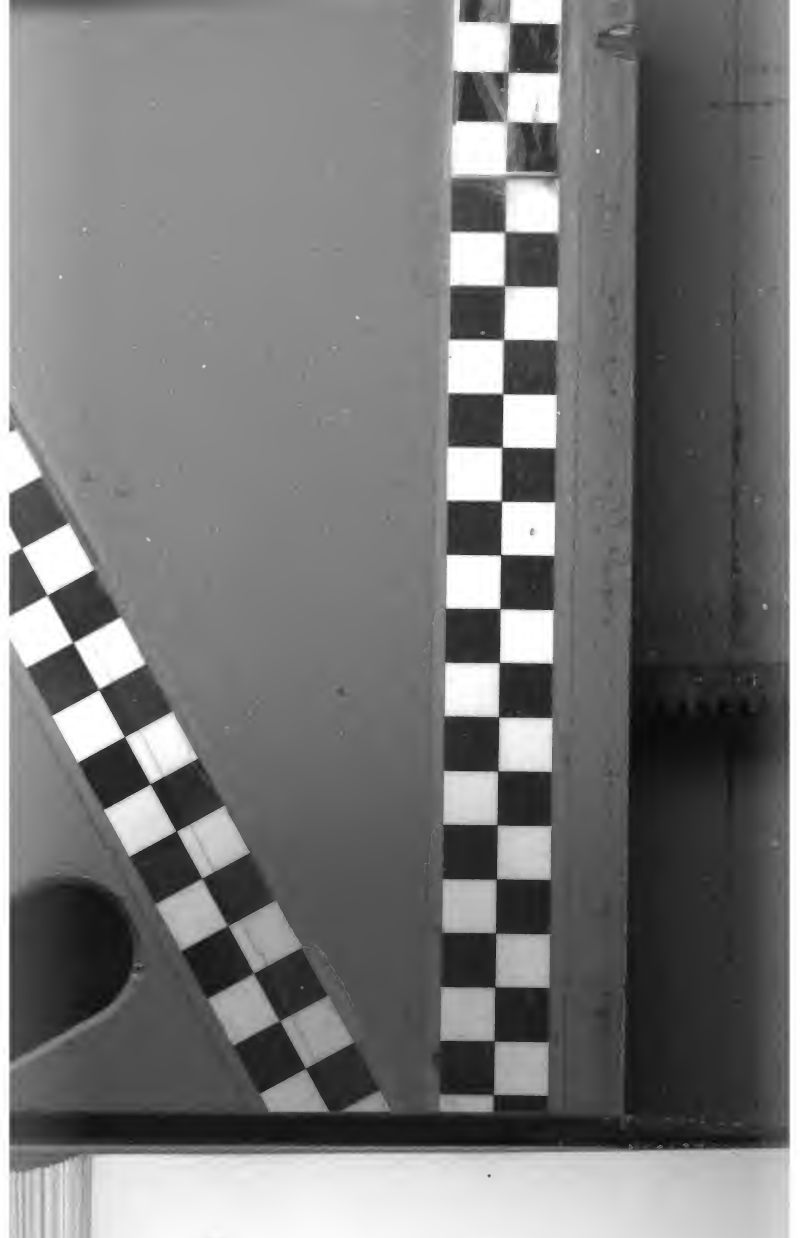
4) Vgl. § 1 Hinterlegungsordn. v. 14. Juli 1899 (Wulff III S. 311). S. auch oben § 40 II.

5) Vgl. § 4 Ges. betr. das Gerichtsvollzieherwesen v. 29. Dez. 1899; § 104 Instr. für das Gerichtsvollzieheramt und die Gerichtsvollzieher v. 1. Jan. 1900.

6) So auch Planck V § 1960 Anm. 3a Abs. 3.

7) Ebenso nach § 24 A.G. z. B.G.B. im Falle des § 525 B.G.B.

1) Vgl. Wulff III S. 132.



Anerbe des Bauernguts. Er hat das Recht, das Gut n[illegible] einer mäßigen, seinen persönlichen Verhältnissen und der Anzahl [illegible] abzufindenden Miterben entsprechenden (Brüder- und Schwester-) T[illegible] zu übernehmen, wobei Pflichtteilsrechte nicht verletzt werden dürfe[illegible] Die andern Miterben haben einen Anspruch auf Abfindung gegen [illegible] Anerben, welcher aber mit Rücksicht auf die Taxe des Guts geringer [illegible] als ihr Intestaterbanspruch.

III. Während der Anerbe minderjährig ist, kann die Bewi[illegible]schaftung des Gutes einem Interimswirt übertragen werd[illegible] welcher die Bewirtschaftung für eigene Rechnung zu führen hat. [illegible] Anerbe hat ein in seiner Ausübung suspensiv bedingtes Recht an d[illegible] Gut. Zur Ausübung des Rechts gelangt er erst, wenn er großjäh[illegible] geworden ist.[3]

§ 149. Die Familienfideikommisse.[1]

I. Nach Art. 59 E.G. z. B.G.B. sind die landesgesetzlichen V[illegible]schriften über Familienfideikommisse in Kraft gebliebe[illegible] Diese Vorschrift bezieht sich nur auf die sog. deutsch-rechtlichen Fid[illegible]kommisse, nicht auf die römisch-rechtlichen, welche durch die Nacherbsch[illegible] ersetzt worden sind. Das deutsch-rechtliche unterscheidet sich vom römis[illegible] rechtlichen Fideikommiß wesentlich dadurch, daß es einer zeitlichen [illegible]schränkung nicht unterliegt, während dies letztere mit der vierten Ge[illegible]ration endigt.

In Hamburg bestehen solche deutsch-rechtliche[illegible] Familienfideikommisse,[2] wenngleich gesetzliche Vorschrift[illegible] darüber nicht existieren. Im allgemeinen wird auf die Fideikommi[illegible] das gemeine Recht zur Anwendung gebracht.

II. Das Familienfideikommiß ist eine Verfügung un[illegible] Lebenden oder von Todes wegen, durch welche der Eigentümer die U[illegible]veräußerlichkeit[3] eines dauernd fruchttragenden Gegenstandes,[4] insb[illegible]

---

2) Vgl. Gerichtsz. 1862 S. 62; 1863 S. 79; Samml. des L[illegible] O.A.G. 5 a Nr. 3.

3) Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht V § 322 III. Der Interim[illegible] wirt wird erwähnt in der Deichordn. v. 4. März 1889 § 14.

1) Vgl. Dernburg III S. 390 ff.

2) Vgl. Trummer, Erbrecht Exkurs I; Baumeister II S. 29[illegible] Niemeyer S. 695.

3) Die Unveräußerlichkeit braucht nicht ausdrücklich ausgesprochen [illegible] sein (Entsch. des R.G. 18 S. 207).

4) Vgl. über die Kontroverse bez. der für ein Fideikommiß geeignet[illegible] Sachen Seuff. Arch. 61 Nr. 36 (R.G.).

sondere eines Grundstücks oder Geldbetrages und die ununterbrochene Vererbung desselben in seiner Familie bis zu ihrem Ausgang oder bis zu einer von ihm angegebenen Grenze festsetzt.[5] Von der Familienstiftung unterscheidet sich das Fideikommiß dadurch, daß bei der letzteren ein neues Rechtssubjekt entsteht, während beim Fideikommiß der durch die Stiftung Berufene Eigentümer des Vermögens wird und nur gewissen Verfügungs- und Veräußerungsbeschränkungen unterliegt. Das Hamburgische „Testament" als besonderes Rechtssubjekt (siehe § 145 I) bildete eine Familienstiftung.[6]

III. Das Familienfideikommiß muß in der Form einer letztwilligen Verfügung errichtet werden, ist aber sonst an keine Form gebunden.[7] Insbesondere bedarf es keiner öffentlichen Erklärung oder obrigkeitlichen Bestätigung. Dagegen unterliegt die Familienstiftung den Vorschriften über Stiftungen (s. § 20) und bedarf heute zur Errichtung einer Genehmigung des Senates.

Die Erbfolge in das Familienfideikommiß richtet sich nach dem Willen des Begründers, im Zweifel ist zu vermuten, daß im Willen des Begründers die Erbfolge nach den Grundsätzen des Intestaterbrechts gelegen hat.[8]

IV. Der Fideikommißbesitzer ist Eigentümer des Fideikommißgutes, er ist aber in der Veräußerungs- und Verfügungsfähigkeit über das Gut durch die Bestimmungen des Begründers beschränkt.[9] Regelmäßig pflegen die Rechte und Pflichten der Fideikommißbesitzer wie seine Beschränkungen in der begründenden Verfügung näher bestimmt zu sein. Ist dies nicht geschehen, so ist davon auszugehen, daß der Fideikommißbesitzer das Gut nicht veräußern, belasten, auch nicht mit Servituten,[10] oder in der Art benutzen darf, daß die Substanz oder der Wert des Gutes leidet.

Die Fideikommißanwärter haben ein Widerspruchsrecht gegen

5) Vgl. Stobbe, Deutsches Privatrecht III § 139 I.
6) Vgl. Entsch. des R.G. 61 S. 34. Doch kommt es sehr auf den einzelnen Fall an, da häufig eine bloße Testamentsverwaltung vorliegt (vgl. auch Beibl. 1906 Nr. 180).
7) Vgl. Entsch. des R.G. 39 S. 175; Seuff. Arch. 51 Nr. 274. Bez. der Anordnung in einer divisio parentis inter liberos vgl. S. 813. Für die Begründung des Fideikommisses ist ein Stempel nach Nr. 6 des Tarifs zum Ges. v. 11. Dez. 1903 zu entrichten.
8) Vgl. Entsch. des R.G. 5 S. 150; Beibl. 1879 Nr. 71. Danach sind im Zweifel auch die unehelichen Kinder der Frauen, nicht aber diejenigen der Männer erbberechtigt.
9) Vgl. Entsch. des R.G. 61 S. 33 und die dortigen Verweisungen.
10) Vgl. Entsch. des R.G. 39 S. 181.



Rechtshandlungen des Fideikommißinhabers, wenn diese Handlungen d Substanz oder die dauernde Nutzbarkeit des Fideikommisses gefährden.

Für die Schulden des Fideikommißbesitzers kann das Gut nicht Anspruch genommen werden, wohl aber die Nutzungen. Eine Bestin mung des Begründers, welche die Nutzungen für unpfändbar erklärt, nichtig.[12] Im Interesse der Verbesserung des Gutes kann der Fid kommißbesitzer dasselbe auch mit Schulden belasten.[13]

V. Das Familienfideikommiß e n d e t mit dem Ablauf der v seinem Begründer festgesetzten Zeit, mit dem Untergang des Gege standes, mit dem Aussterben der Familie, für welche es begründet wo den ist. Außerdem ist aber auch gemeinrechtlich anzunehmen, daß Familienfideikommiß mit Zustimmung aller lebenden Interessenten a gehoben werden kann.[14]

VI. Als F i d e i k o m m i ß b e h ö r d e fungierte früher die V mundschaftsbehörde (§ 3 Gesetz vom 25. Juli 1879). Nachdem die B stimmung, welche dies anordnete, aufgehoben worden ist, ist jetzt diejenigen Fälle, in denen nach der das Fideikommiß begründenden V fügung das Obergericht oder die Vormundschaftsbehörde als Fid kommißbehörde benannt worden ist, d a s A m t s g e r i c h t als ständig erklärt worden (§§ 13, 99 A.G. z. B.G.B.). Außerd unterliegen diejenigen Fideikommisse, welche mit Substitution von mil Stiftungen, Anstalten oder des Fiskus verbunden worden sind, Aufsicht der Aufsichtsbehörde für die milden Stiftungen. Die Behö hat darüber zu wachen, daß das Fideikommißvermögen ungeschmäl erhalten bleibt und die Bestimmungen des Stifters genau befolgt wer (§ 3 Gesetz vom 11. September 1907 betr. die Oberaufsicht über m Stiftungen).

---

11) Vgl. Seuff. Arch. 11 Nr. 68.

12) Vgl. Seuff. Arch. 32 Nr. 155, auch 49 Nr. 67.

13) Über die Besteuerung der Fideikommißberechtigten s. Beibl. 1 Nr. 178. Vgl. auch Beibl. 1906 Nr. 180.

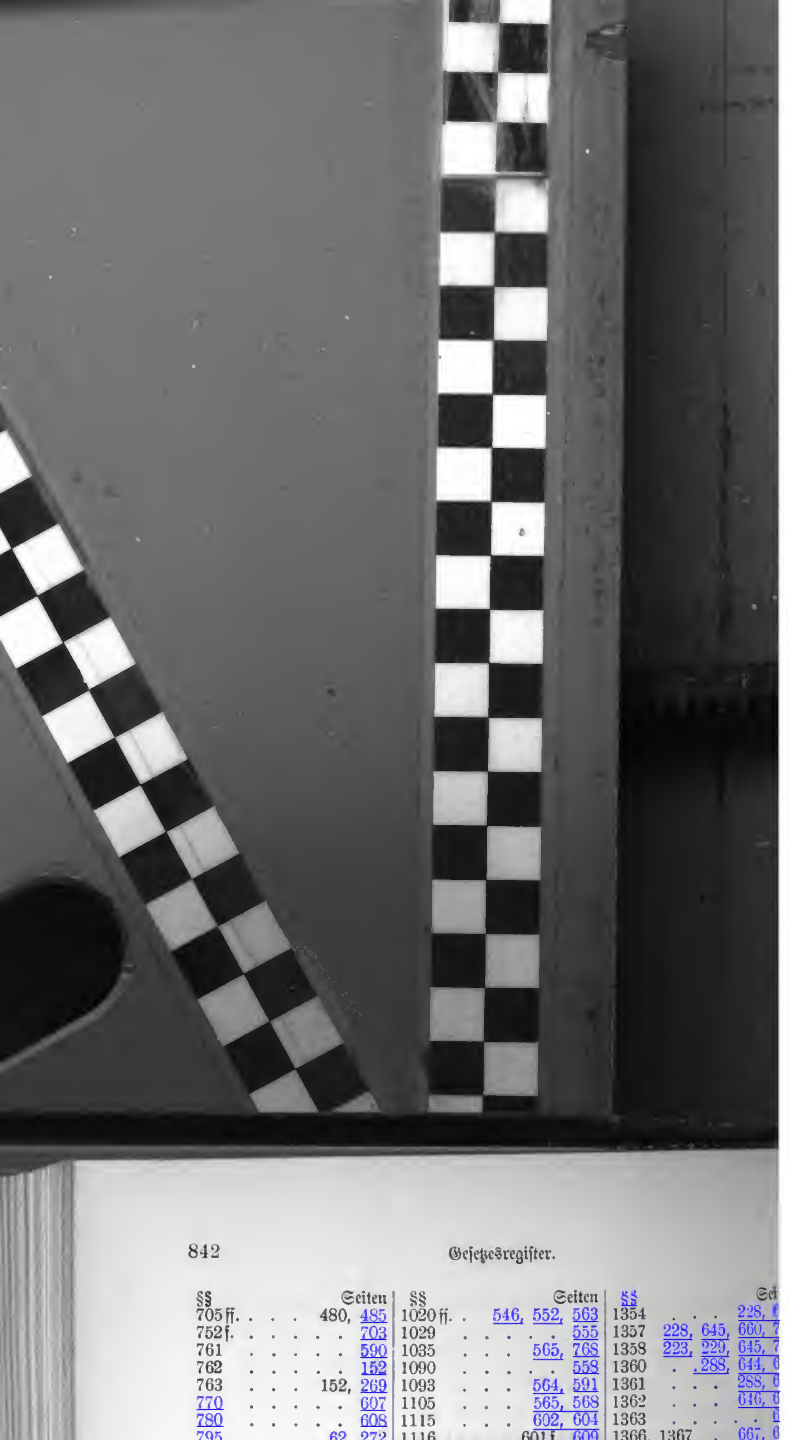
14) Vgl. Seuff. Arch. 13 Nr. 270.

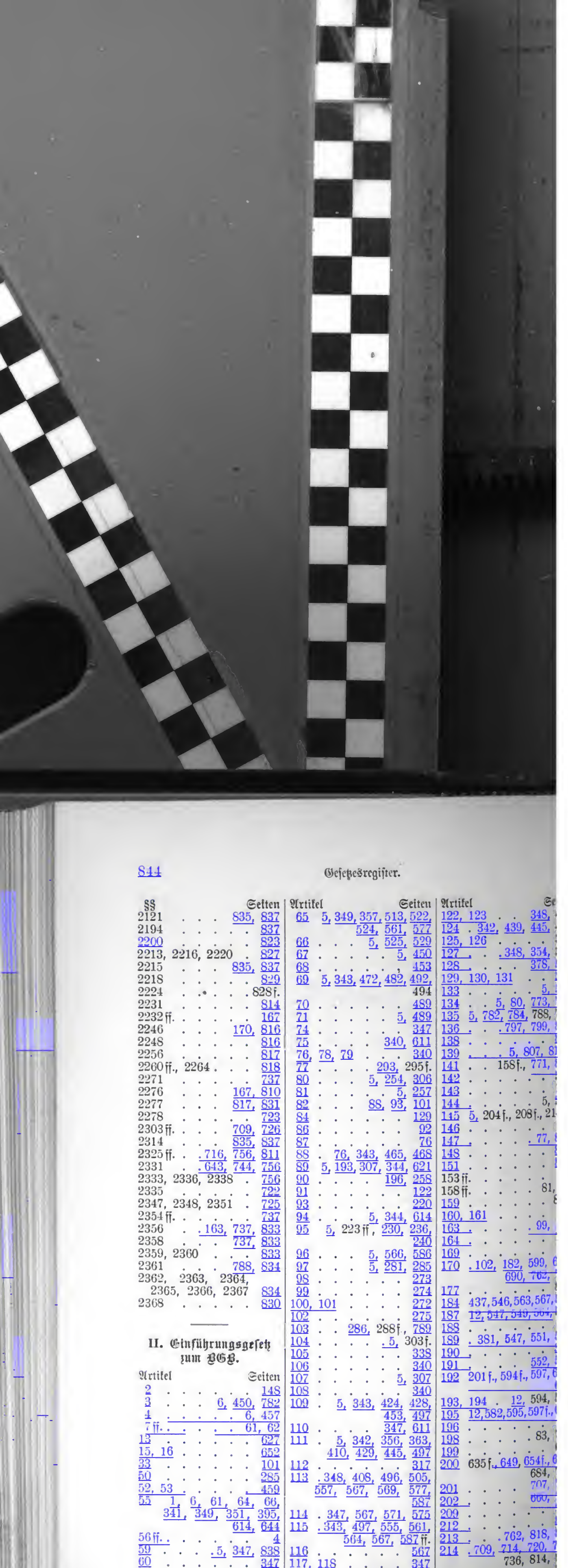
Gesetzesregister.

(Die Zahlen verweisen auf die Seiten des Buches.)

A. Reichsgesetze.

I. Bürgerliches Gesetzbuch.





II. Einführungsgesetz zum BGB.

III. Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.

IV. Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

V. Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch.

VI. Wechselordnung.

VII. Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit.

VIII. Grundbuchordnung.

IX. Zivilprozeßordnung.



X. Einführungsgesetz zur Z. P. O.

XI. Zwangsversteigerungsgesetz.

XII. Einführungsgesetz zum Z. V. G.

XIII. Konkursordnung.

XIV. Gerichtsverfassungsgesetz.

XV. Einführungsges[…] zum G. V. G.

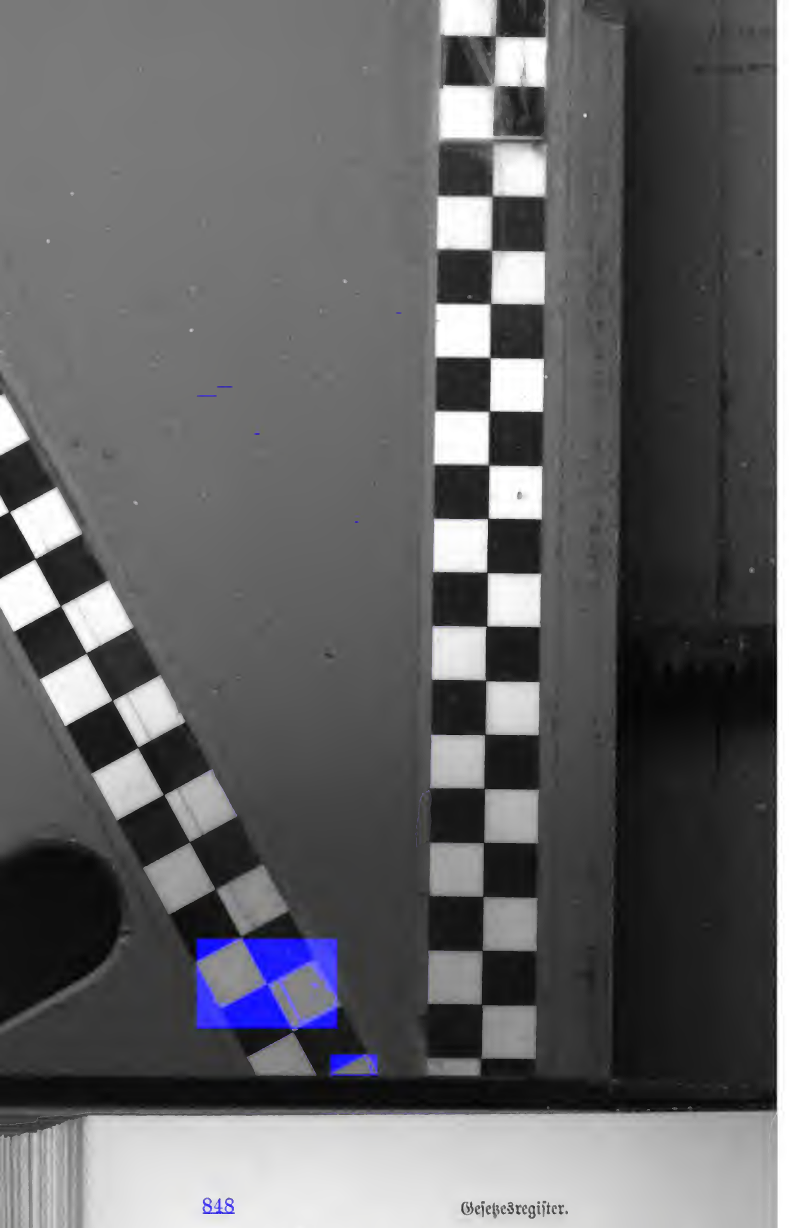
XVI. Binnenschiffahr[…]gesetz vom 15. Juni 1895.

XVII. Strandungsor[…]nung vom 17. Mai 18[…]

XVIII. Gewerbeordnu[…]

XIX. Strafgesetzbu[…]

B. Landesrecht.











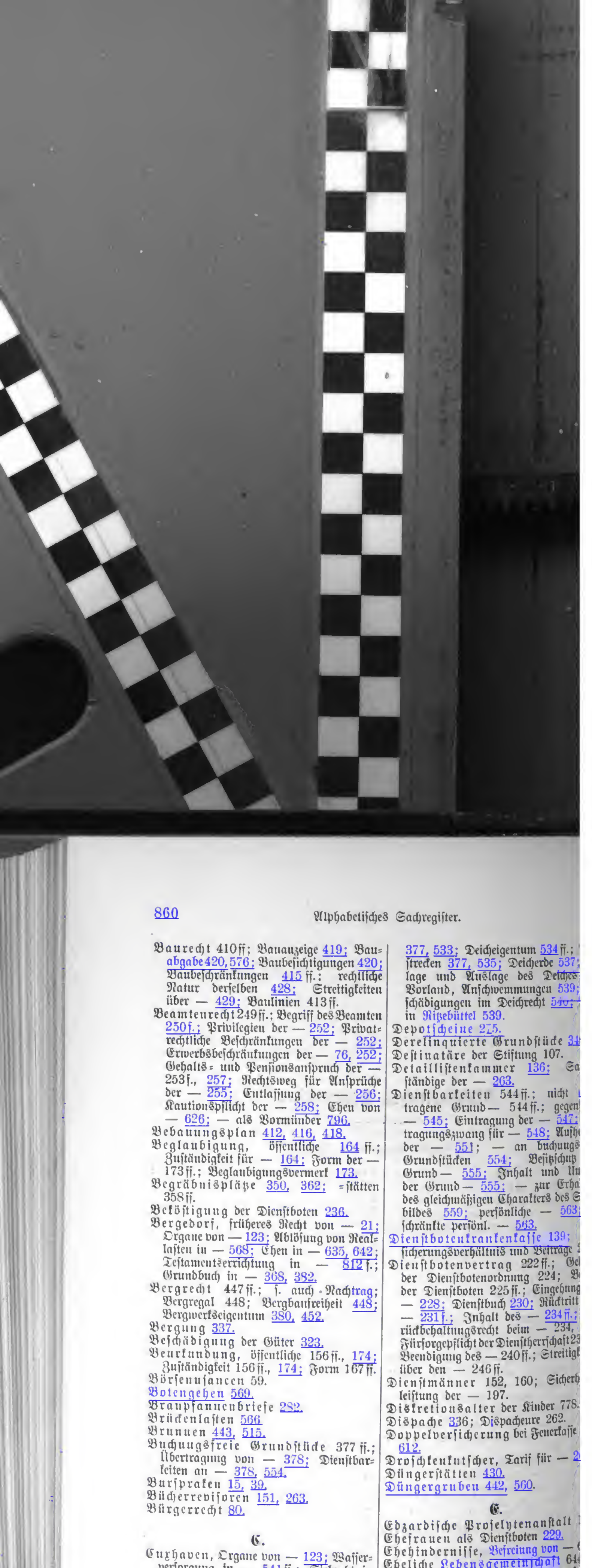


Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bezeichnen die Seiten.)

A.

B.





K.

L.

M.



N.

O.

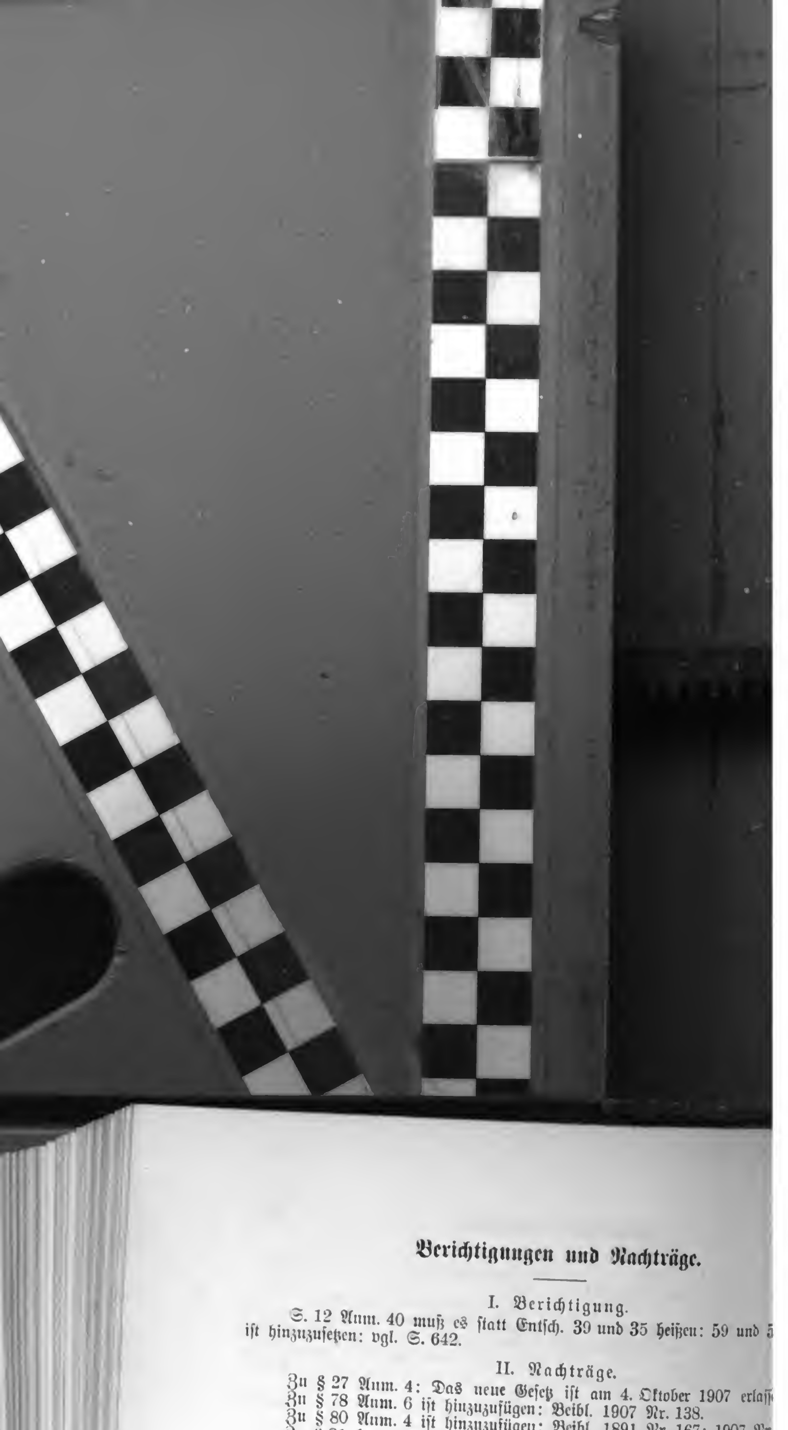
P.

Q.

R.

S.





Berichtigungen und Nachträge.

I. Berichtigung.

S. 12 Anm. 40 muß es statt Entsch. 39 und 35 heißen: 59 und 5
ist hinzuzusetzen: vgl. S. 642.

II. Nachträge.

Zu § 27 Anm. 4: Das neue Gesetz ist am 4. Oktober 1907 erlass
Zu § 78 Anm. 6 ist hinzuzufügen: Beibl. 1907 Nr. 138.
Zu § 80 Anm. 4 ist hinzuzufügen: Beibl. 1891 Nr. 167; 1907 Nr.
Zu § 81 betr. das Bergrecht ist hinzuzufügen:

Das Gesetz vom 25. Juni 1906 ist durch Gesetz vom 20. Septen
(Amtsbl. 1907 S. 561) aufgehoben worden. Letzteres Gesetz bestimmt, daß
Steinsalz und die mit diesem auf derselben Lagerstätte vorkommenden
Salze, sondern auch Sole, Öle, Kohle und Bitumina von dem Ve
rechte des Grundeigentümers ausgeschlossen sind und daß das Recht zur
und Gewinnung dieser Mineralien dem Staate ausschließlich zusteht
diesem einem Andern übertragen werden kann; im Falle der Übertragun
Erwerber zu einer Weiterübertragung oder zur Überlassung der Ausübung d
an einen Anderen nur mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde für das Bergwes

Gleichzeitig regelt das neue Gesetz, welches der Vorläufer eines ei
Berggesetzes sein soll, das Schürfrecht des Staates oder desjenigen, dem
dies Recht überträgt. Der Schürfberechtigte ist zur Vornahme von Schü
auf fremden Grundstücken nur befugt, wenn der Eigentümer ihm das G
zur Benutzung für diesen Zweck überlassen hat (§ 4 Ges.). Der Eigentüm
der Regel zur Überlassung des Grundstücks an den Schürfberechtigten a
Verlangen verpflichtet, soweit die Benutzung des Grundstücks für die Vorna
Schürfarbeiten und die Anlage der dazu notwendigen Baulichkeiten, Wege,
und Niederlageplätze erforderlich ist. Wenn hierüber eine gütliche Einigu
stattfindet, entscheidet die Aufsichtsbehörde für das Bergwesen nach ihrem fr
messen. Auch der Nachbar kann auf Grund der Vorschriften über das Nach
dem Schürfen nicht widersprechen (§ 8). Untersagt ist das Schürfen au
lichen Wegen, öffentlichen Plätzen, Eisenbahnen, Deichen und Begräbnisstätt
ständig, unter Gebäuden und in einer Entfernung bis zu 50 m von solchen
in Gärten und eingefriedigten Grundstücken, falls der Eigentümer oder die s
Nutzungsberechtigten ihre Einwilligung versagen. Die Aufsichtsbehörde d
öffentlichen Interesse das Schürfen auch an andern Orten untersagen (§ 3 G

Der Schürfer ist verpflichtet, den Eigentümer, den Mieter und
sowie event. den Nachbar des Grundstücks für die Entziehung oder Beeinträc
der Benutzung zu entschädigen (§§ 5, 8, 9 Ges.). Dem Eigentümer ist jähr
voraus vollständige Entschädigung zu gewähren, und zwar auch dafür, daß
der Überlassung des Grundstücks der übrigbleibende Teil nicht mehr zweckmä
nutzt werden kann (§ 6 Ges.). Nach beendigter Benutzung ist das Grundstück
zugeben und der Minderwert oder sonstige Schaden zu ersetzen; für die Erfüllung
Verpflichtung muß der Schürfer auf Verlangen des Eigentümers Sicherheit leisten
Über die Höhe der Entschädigung und Sicherheit entscheidet die Aufsichtsbehörd
läufig, doch kann die Entscheidung im ordentlichen Rechtswege angefochten w
ohne daß dadurch die Schürfarbeiten selbst gehemmt werden (§ 10 Ges.).

Das Schürfrecht wirkt dinglich, und zwar ohne Eintragung im Grun
Der Erwerber des Grundstücks ist aber zur Rückgewähr der Sicherheit nur
pflichtet, wenn sie ihm ausgehändigt wird oder wenn er dem Schürfberech
gegenüber die Verpflichtung zur Rückgewähr übernimmt. Dies trifft auch fü
Fall der Zwangsversteigerung des Grundstücks zu (§ 11 Ges.).

Zu § 98 Anm. 7 ist hinzuzufügen: Vgl. auch Beibl. 1907 Nr. 142.
Zu § 102 Anm. 29 ist hinzuzufügen: A.M. OLG. in Amtsger.Samml. VI S.
Zu § 121 Anm. 3 ist am Ende hinzuzufügen: Gorden in Deutsch. Jur
1907 S. 1080.

Das bürgerliche Gesetzbuch

unter Berücksichtigung

der gesamten Rechtsprechung der oberen Gerichte des Deutschen Reichs.

Hand-Kommentar

in Verbindung mit

Rechtsanwalt **Dr. E. Neukirch**, Rechtsanwalt **Dr. A. Rosenmeyer**, **Dr. H. Pelgmann** in Frankfurt a. M.

herausgegeben von

Dr. B. Wolff,
Gerichtsassessor.

Lex. 8°. Preis gebunden etwa ℳ 15,—. (Unter der Presse.)

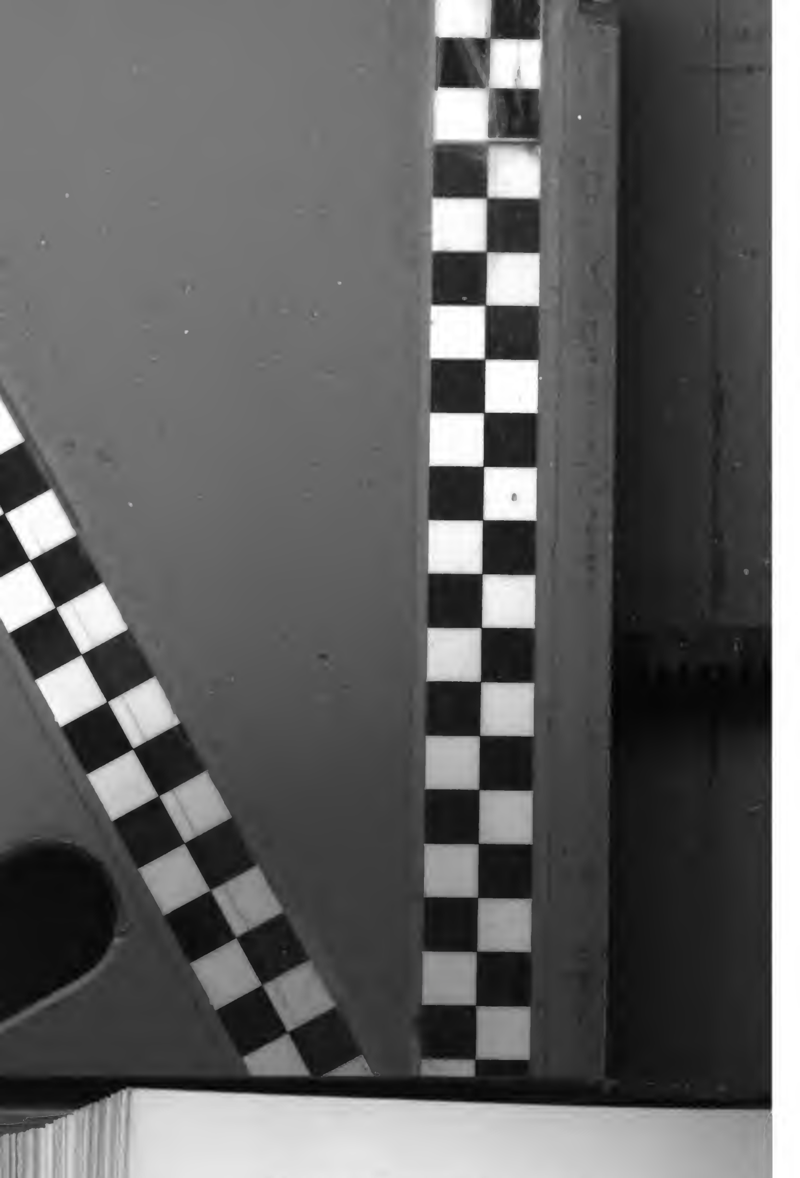
Mit der vorliegenden Ausgabe, in der **die gesamte Rechtsprechung** bis zum 15. Juli 1907 enthalten ist, bieten die Herausgeber ein **Hilfsmittel von ganz besonderer Bedeutung für den Praktiker, wie überhaupt für jeden Juristen.** Der Praktiker bedarf eines Werkes, das, ohne in mehrere Bände oder gar Jahrgänge zu zerfallen, ihm rasch und sicher die in der **täglichen Praxis**, sei es in der **Sprechstunde des Anwalts**, während der **Verhandlung** oder **Beratung**, wie bei **Anfertigung von Referaten, Entscheidungen** und **Schriftsätzen**, oft unvermittelt entgegentretenden Rechtsfragen zu beantworten sucht. Bei der außerordentlichen Bedeutung, die bis in die höchsten Gerichte den Präjudizien beigelegt wird, hat sich ein Werk, **das die Rechtsprechung vollständig wiedergibt**, als ein dringendes Bedürfnis herausgestellt.

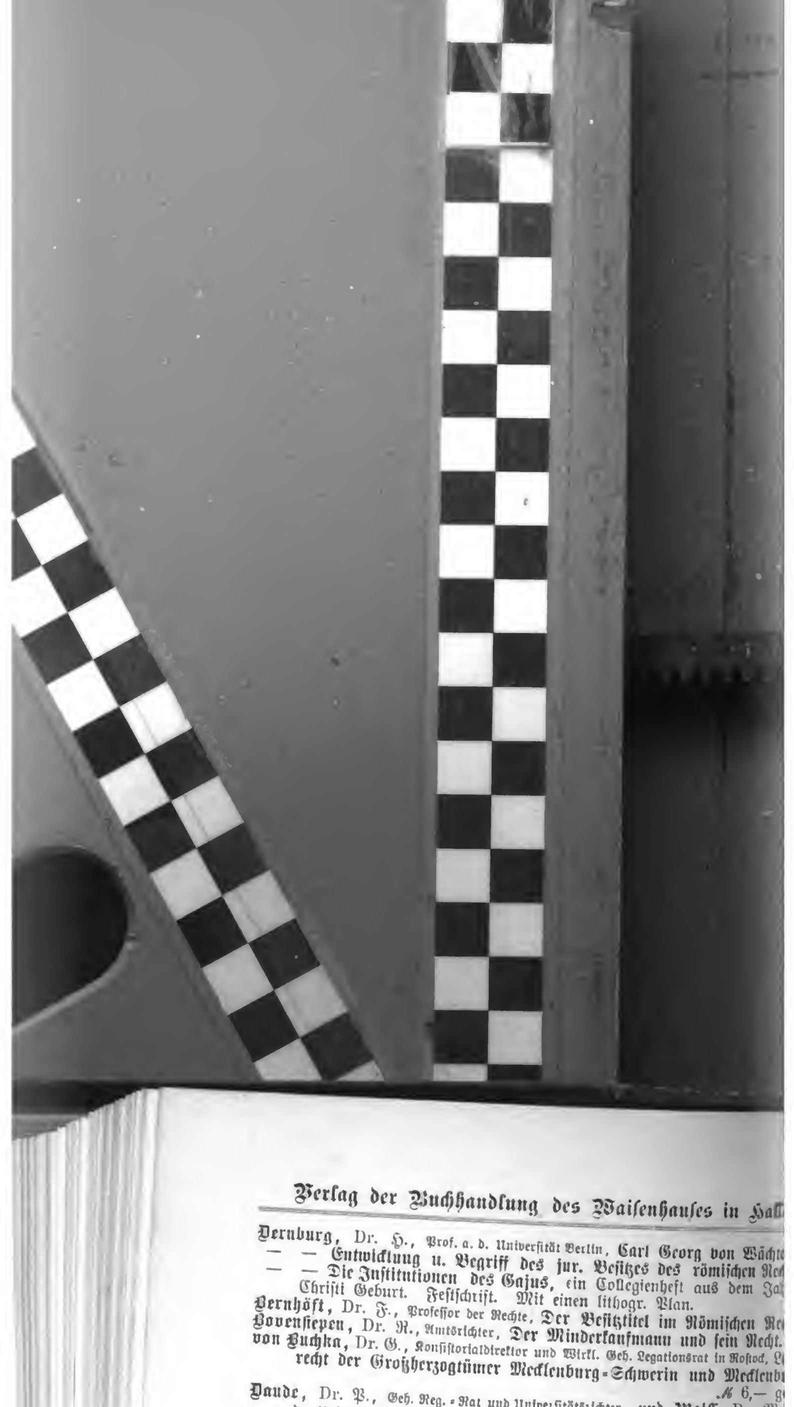
Das vorliegende Werk ersetzt dem Juristen eine ganze Bibliothek.

Um das Werk als **Nachschlagebuch** und für eine **schnelle Orientierung** besonders brauchbar zu machen, wurde gespaltener Satz gewählt und dem in halbfetter Schrift gegebenen Gesetzestext die Rechtsprechung unmittelbar angefügt, dadurch wurde eine **zweckmäßige Übersichtlichkeit** erzielt.

Außerdem erleichtert das beigegebene **sehr ausführliche Sachregister** wesentlich den Gebrauch des **Werkes**.

Ausführliche **Prospekte mit Probeseiten** stehen kostenfrei zur Verfügung.





Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses in Hal

Dernburg, Dr. H., Prof. a. d. Universität Berlin, Carl Georg von Wächt
— — Entwicklung u. Begriff des jur. Besitzes des römischen Re
— — Die Institutionen des Gajus, ein Collegienheft aus dem Ja
Christi Geburt. Festschrift. Mit einen lithogr. Plan.
Bernhöft, Dr. F., Professor der Rechte, Der Besitztitel im Römischen Re
Bovensiepen, Dr. R., Amtsrichter, Der Minderkaufmann und sein Recht.
von Buchka, Dr. G., Konsistorialdirektor und Wirkl. Geh. Legationsrat in Rostock, L
recht der Großherzogtümer Mecklenburg-Schwerin und Mecklenb
ℳ 6,— g

Daude, Dr. P., Geh. Reg.-Rat und Universitätsrichter, und **Wolff**, Dr. M.
der Universität zu Berlin, Die Ordnung des Rechtsstudiums und der erste
Prüfung in den deutschen Bundesstaaten. ℳ 4,40, ge
Graf zu Dohna, Dr. A., Privatdozent, Die Rechtswidrigkeit als allgem
Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. Ein Beitrag zur
Strafrechtslehre.
Dorner, Dr. E., Landgerichtspräsident, und **Zeng**, Dr. A., Professor an der Universi
Badisches Landesprivatrecht. ℳ 18,—, geb.
Fleischmann, Dr. M., Amtsrichter und Privatdozent, Völkerrechtsquellen i
herausgegeben. ℳ 6,80, geb
Kähler, Dr. O., Syndikus, Die Entschädigung für Strafe und Untersu
für den praktischen Gebrauch dargestellt.
Kisch, Dr. W., Professor in Straßburg i. E., Elsaß-Lothringisches Landespriv
ℳ 24,—, geb.
Kloß, Dr. R. Oberfinanzrat, Sächsisches Landesprivatrecht. ℳ 7,60, geb
— — Juristische Repetitorien.
I. Band: Das Sachenrecht des B. R. geb.
II. Band: Das Recht der Schuldverhältnisse des B. R. geb.
Krahmer, Dr. H., Gerichtsassessor und Privatdozent, Gegenseitige Verträge. S
Systematik des Reichsrechts.
— — Ein Colleg bei Christian Thomasius. Zur 250. Wiederkehr seines
tages. Mit einem Bildnis des Christian Thomasius.
Meyer, G., Rechtsanwalt, Die Hebammengesetze in Preußen. Gesetze, Verordnu
Entscheidungen für den praktischen Gebrauch zusammengestellt.
Noth, Dr. Walter, Gerichtsassessor, Gewerkenbuch und Kuxschein. Ein Hilfs
Gewerkschaftsbeamte, Richter, Banken, Bergbehörden und Notare.
ℳ 2,40, geb.
Ortloff, Dr. H., Landgerichtsrat, Invaliden- und Altersversicherung in vorüber
Beschäftigungen.
— — Das Studium der Rechts- und Staatswissenschaft.
Oertmann, Dr. P., Professor der Rechte in Erlangen, Bayerisches Landesprivatr
ℳ 13,—, geb. ℳ
Rintelen, Dr. V., Geheimer Ober-Justizrat, Das Konkursrecht nebst Anhang b
die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des K
verfahrens. Systematischer Kommentar. Zweite umgearbeitete
ℳ 9,—, geb. ℳ
Schmoller, Dr. Gustav, Professor an der Universität Berlin, Zur Geschichte der d
Kleingewerbe im 19. Jahrhundert. Statistische und nationalökonomische
suchungen.
ℳ
Zeng, Dr. A., Professor an der Universität Heidelberg, Grundzüge des französischen
rechts und des badischen Landrechts. ℳ 3,—, geb. ℳ
Stammler, Dr. Rud., Professor an der Universität Halle, Privilegien und Vo
Rektoratsrede 1903.
ℳ
Stichler, Gustav, Rechtsanwalt, Das Kaufmannsgericht. Taschenhandbuch, enth
Text und Erläuterungen des Kaufmannsgerichts-Gesetzes und der darin
zogenen Bestimmungen des Gewerbegerichts-Gesetzes und das Wissenswe
zu aus dem Handels-, bürgerlichen und Krankenversicherungs-Recht.
kart. ℳ

Buchdruckerei des Waisenhauses in Halle a. S.



Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses in Hal

Dernburg, Dr. H., Prof. a. d. Universität Berlin, Carl Georg von Wäch
— — Entwicklung u. Begriff des jur. Besitzes des römischen R
— — Die Institutionen des Gajus, ein Collegienheft aus dem J
Christi Geburt. Festschrift. Mit einem lithogr. Plan.
Bernhöft, Dr. F., Professor der Rechte, Der Besitztitel im Römischen Re
Hoeniger, Dr. R., Amtsrichter, Der Minderkaufmann und sein Rech
von Buchka, Dr. G., Konsistorialdirektor und Wirkl. Geh. Legationsrat z. Schw
recht der Großherzogtümer Mecklenburg-Schwerin und Mecklenbu

Daude, Dr. P., Geh. Reg.-Rat und Universitätsrichter, und Wolf,
der Universität zu Berlin, Die Ordnung des Rechtsstudiums und der
Prüfung in den deutschen Bundesstaaten.
Graf zu Dohna, Dr. A., Privatdozent, Die Rechtswidrigkeit als a
Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen. Ein Beitrag z
Strafrechtslehre.
Dorner, Dr. E., Landgerichtspräsident, und Seng, Dr. A., Professor a
Badisches Landesprivatrecht. ℳ 15,–
Fleischmann, Dr. M., Amtsrichter und Privatdozent, Völkerrechtsquellen
herausgegeben.
Kähler, Dr. O., Syndikus, Die Entschädigung für Strafe und
für den praktischen Gebrauch dargestellt.
Kisch, Dr. W., Professor in Straßburg i. E., Elsaß-Lothringisches Landes
ℳ 24,–, geb.
Kloß, Dr. R. Oberfinanzrat, Sächsisches Landesprivatrecht.
— — Juristische Repetitorien.
I. Band: Das Sachenrecht des B. R.
II. Band: Das Recht der Schuldverhältnisse des B. R.
Krahmer, Dr. H., Gerichtsassessor und Privatdozent, Gegenseitige Verträge
Systematik des Reichsrechts.
— — Ein Colleg bei Christian Thomasius. Zur 250. Wiederkehr
tages. Mit einem Bildnis des Christian Thomasius.
Meyer, G., Rechtsanwalt, Die Hebammengesetze in Preußen. Gesetze,
Entscheidungen für den praktischen Gebrauch zusammengestellt.
Noth, Dr. Walter, Gerichtsassessor, Gewerkenbuch und Kuxschein. Ein
Gewerkschaftsbeamte, Richter, Banken, Bergbehörden und
ℳ 2,40, geb.
Ortloff, Dr. H., Landgerichtsrat, Invaliden- und Altersversicherung
Beschäftigungen.
— — Das Studium der Rechts- und Staatswissenschaft.
Oertmann, Dr. P., Professor der Rechte in Erlangen, Bayerisches Landes
ℳ 13,–, geb.
Pinteler, Dr. B., Geheimer Ober-Justizrat, Das Konkursrecht nebst Anhang
die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des
verfahrens. Systematischer Kommentar. Zweite umgearbeitete
ℳ 9,–, geb.
Schmoller, Dr. Gustav, Professor an der Universität Berlin, Zur Geschichte der
Kleingewerbe im 19. Jahrhundert. Statistische und nationalökonomische
suchungen.
Seng, Dr. A., Professor an der Universität Heidelberg, Grundzüge des französischen
rechts und des badischen Landrechts. ℳ 3,–, geb.
Stammler, Dr. Rud., Professor an der Universität Halle, Privilegien und
Rektoratsrede 1903.
Stiehler, Gustav, Rechtsanwalt, Das Kaufmannsgericht. Taschenhandbuch,
Text und Erläuterungen des Kaufmannsgerichts-Gesetzes und der
Bestimmungen des Gewerbegerichts-Gesetzes und des



